

Die Verteidigung des Beklagten nach Solothurnischem Zivilprozessrecht

**Vergleichende Darstellung nach der Solothurni-
schen ZPO von 1891 und dem Entwurf des Justiz-
Departementes zu einer neuen ZPO von 1948**

INAUGURAL-DISSERTATION

**zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte der hohen
juristischen Fakultät der Universität Bern**

vorgelegt von

**llc. iur. Jürg Stampfli, Fürsprecher und Notar
von und in Solothurn**

Die Verteidigung des Beklagten nach Solothurnischem Zivilprozessrecht

**Vergleichende Darstellung nach der Solothurni-
schen ZPO von 1891 und dem Entwurf des Justiz-
Departementes zu einer neuen ZPO von 1948**

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte der hohen
juristischen Fakultät der Universität Bern

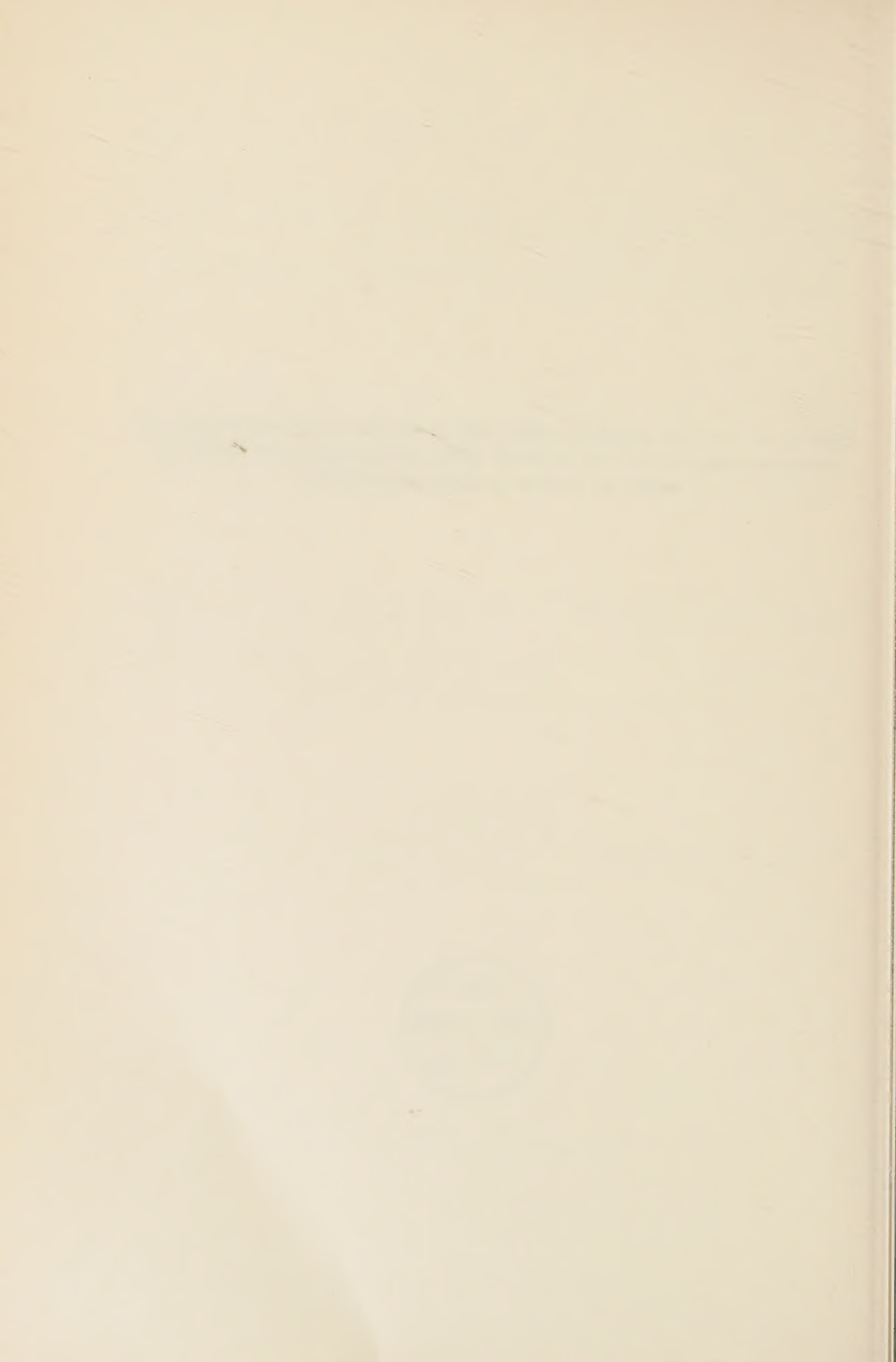
vorgelegt von
lic. iur. Jürg Stampfli, Fürsprecher und Notar
von und in Solothurn

Die Fakultät hat diese Arbeit am 2. März 1950 auf Antrag von Prof. Dr. H. Matti
als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen
Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.





Digitized by the Internet Archive
in 2026



Inhaltsübersicht.

	Seite
§ 1. Einleitung	1
 I. Teil: Die Verteidigung nach der geltenden ZPO.	
§ 2. Die Verteidigung und die Maximen der ZPO . . .	3
A. Die Verhandlungsmaxime.	
B. Die Eventualmaxime.	
§ 3. Die einlässliche Verteidigung	6
§ 4. Die Einrede	9
A. Der Gegenstand der Einrede.	
B. Die formelle Behandlung der Einrede.	
C. Einzelfragen.	
D. Das Ergebnis.	
§ 5. Kritik der geltenden ZPO	20
A. Praktische Schlussfolgerungen.	
B. Die prozesshindernden Einreden und die Lehre von den Prozessvoraussetzungen.	
 II. Teil. Die Verteidigung nach dem Entwurf zu einer neuen ZPO.	
§ 6. Die Maximen des Entwurfes zur neuen ZPO . . .	27
A. Verhandlungs- oder Oficialprinzip?	
B. Die Eventualmaxime.	
C. Die Schriftlichkeit.	
§ 7. Die Prozessvoraussetzungen	32
A. Die Prüfung der Prozessvoraussetzungen.	
B. Der Begriff der Prozessvoraussetzungen.	
§ 8. Die Prozesseinleitung	41
A. Die Klage.	
B. Die Antwort.	

§ 9. Zusammenfassung der Verteidigungsmöglichkeiten	Selbe
A. Die formelle oder nichteinlässliche Verteidigung	46
B. Die materielle oder einlässliche Verteidigung.	
C. Die Widerklage.	
§ 10. Schlussbemerkungen	50



Literatur.

- Bülow: Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen, 1868.
- Cartier: Grundriss des Solothurnischen Zivilprozessrechtes, Solothurn, 1933.
- Etter: Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im Schweiz. Zivilprozessrecht, Diss. Zürich, 1926.
- Guldener: Das Schweiz. Zivilprozessrecht, Zürich, 1947/48. (zitiert: Guldener).
- Hellwig: System des deutschen Zivilprozessrechtes, Leipzig, 1912.
- Heusler: Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim, 1923.
- Heusler: Besprechung der revidierten Soloth. ZPO in ZSR NF Bd. 11 S. 417.
- Heusler: Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden im Schweiz. Zivilprozessrechte, Fragment, ZSR, NF. Bd. 41 S. 282.
- Laett Berta: Der Zivilprozess des Johann Baptist Reinert für den Kt. Solothurn vom Jahre 1839, Zürcher Diss. 1938.
- Leuch: Die Zivilprozessordnung für den Kt. Bern, Kommentar, Bern 1937, (zitiert: Leuch).
- Matti: Zivilprozessrecht, Sonderband aus der „Handelshochschule“, Zürich 1938.
- Schurter und
Fritzsche: Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich, 1924, 1931, 1933.
- Troller: Die Prozesseinreden im Luzerner Zivilprozess, ZSR Bd. 64, S. 57ff.

- v. Thur: Allgemeiner Teil der Schweiz. OR, 1. Halbband, Tübingen 1924.
- Wüthrich: Die Einrede nach Solothurnischem Zivilprozessrecht, Festgabe Solothurnischer Juristen zum 75-jährigen Bestehen des Schweiz. Juristenvereins, Solothurn, 1936.
-

Rechenschaftsberichte des Solothurnischen Obergerichts, (zitiert RB mit Jahrgang, Seitenzahl oder Nummer des angeführten Entscheides).

Die Verteidigung des Beklagten nach solothurnischem Zivilprozessrecht.

§ 1. Einleitung.

I. Die heute geltende Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn stammt aus dem Jahre 1891. In ihren Grundlagen und Prinzipien beruht sie jedoch vollständig auf der Zivilprozessordnung vom Jahre 1839, einem Werk des grossen Solothurner Juristen und radikalen Politikers Johann Baptist Reinert¹⁾). Sowohl die Totalrevision des Jahres 1891, als auch die seither erfolgten Abänderungen brachten mit Ausnahme der Eidesabschaffung keine grundsätzlichen Neuerungen²⁾). Die heutige ZPO ist daher noch völlig von den starren Anschauungen des gemeinrechtlichen Zivilprozesses beherrscht. Es spricht entschieden für die Genialität des damaligen Gesetzgebers Reinert, dass sein Werk nun 110 Jahre lang als brauchbares Instrument verwendet werden konnte, stammt es doch aus einem Zeitalter mit ganz anderen geistigen und materiellen Voraussetzungen. Gerechterweise müssen wir ausserdem feststellen, dass verschiedene der heute unbestreitbar vorhandenen Unzulänglichkeiten auf systemwidrige Teilreformen und unkonsequente Gerichtspraxis zurückzuführen sind.

II. So ist es denn nicht verwunderlich, wenn schon mehrfach der Ruf nach einem neuzeitlichen, freieren Prozessverfahren ertönte. Ein Entwurf zu einer neuen Zivilprozessordnung wurde im August 1948 vom Justizdepartement gestützt auf die Beratungen der Expertenkommission herausgegeben und wird nunmehr den oft dornenvollen Weg aller Entwürfe gehen. Dieser Entwurf sieht ein von den Grundsätzen der geltenden ZPO unabhängiges, modernes Prozessverfahren vor. So ergeben sich auf verschiedenen Gebieten prinzipielle Unterschiede, die vom Standpunkt der geltenden ZPO aus gesehen vielleicht nicht ohne weiteres verstanden werden. Eine solche tiefgreifende Aenderung betrifft die Verteidigung des Beklagten.

1) Berta Laett, Der Zivilprozess des Johann Baptist Reinert, Zürcher Diss.

2) Schurter und Fritzsche, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd. II, 2. Hälfte, S. 325, ferner A. Heusler, in seinen Besprechungen der Solothurnischen ZPO in ZSR, NF XI, S. 417.

III. Mit der Einreichung der Klage wendet sich der Kläger an das Gericht, welches durch Ausfällung eines Urteils das dem Beklagten gegenüber behauptete Recht verwirklichen soll^{*)}). Diesem Begehren muss sich der Beklagte ausdrücklich widersetzen, wenn er nicht von vornherein ein die Klage gutheissendes Urteil in Kauf nehmen will. Diese auf Abwehr der Klage gerichtete Tätigkeit, die dem Richter die Grundlage zu einem für den Beklagten günstigen Urteil vermitteln soll, bezeichnen wir als die Verteidigung des Beklagten. Dabei pflegt man zu unterscheiden:

a. Die formelle oder nichteinlässliche Verteidigung, sofern der Beklagte rein prozessuale Mängel der Klage behauptet und damit die Befugnis des Gerichtes bestreitet, das Klagebegehren überhaupt beurteilen zu dürfen. In diesem Falle bezieht der Beklagte zum Inhalt des klägerischen Anspruches gar nicht Stellung.

b. Die materielle oder einlässliche Verteidigung. Hier lässt der Beklagte die formellen Fragen des Prozesses ausser Betracht und setzt sich gegen das Klagebegehren als solches zur Wehr.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit besteht nun darin, die prozessuale Ausgestaltung dieser Verteidigungsmöglichkeiten nach der geltenden ZPO und nach dem Entwurf zu einer neuen ZPO vergleichend darzustellen und damit einen Beitrag zum Verständnis der vorgesehenen Reformen zu leisten.

^{*)} Guldener, S. 133.

I. Teil:

Die Verteidigung des Beklagten nach der geltenden ZPO.

§ 2. Die Verteidigung und die Maximen der ZPO.

Um einen Ueberblick über die Grundsätze zu gewinnen, welche die Verteidigung in der geltenden ZPO beherrschen, sollen zuerst die für die Sammlung des Prozesstoffes wesentlichen Maximen kurz dargestellt werden.

A. Die Verhandlungsmaxime.

I. Die Aufgabe der Gerichte liegt in der Rechtssprechung. Diese tritt nur in Funktion, wenn der konkrete Einzelfall vom Rechtssuchenden dem Gerichte zur Entscheidung vorgelegt wird. Um ein Urteil fällen zu können, muss das Gericht den Tatbestand kennen, der dem betreffenden Streitfall zu Grunde liegt. Sofort stellt sich nun die Frage, wer für diese Sammlung des Prozesstoffes verantwortlich ist. Nach dem Grundsätze der Verhandlungsmaxime bestimmen ausschliesslich die Parteien, ob und um was prozessiert wird, und ihnen allein kommt auch die Aufgabe zu, die Tatbestandsgrundlagen des Prozesses zu beschaffen. Der Richter ist weder verpflichtet noch berechtigt, von sich aus Nachforschungen und Ergänzungen des Prozesstoffes vorzunehmen. Diesem Verhandlungsprinzip gegenüber besteht die Auffassung der Oficialmaxime¹⁾, nach welcher der Richter sich bei der Sammlung der Prozessgrundlagen beteiligen darf und soll, um die materielle Wahrheit dem Urteil zu Grunde zu legen.

II. Im ordentlichen Verfahren ist in der ZPO der Grundsatz der Verhandlungsmaxime in vollem Umfange durchgeführt (§ 102 ZPO). Für den Beklagten insbesondere bedeutet dies, dass er beim Sammeln und Vorbringen der Verteidigungsmittel auf sich selbst

¹⁾ Die Begriffe Oficialmaxime und Oficialprozess werden in der vorliegenden Arbeit im Sinne der Ausführungen bei Guldener S. 118ff verwendet.

angewiesen ist; es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um rein prozessuale Fragen handelt oder den Tatbestand selbst betrifft. Eine Ausnahme bilden die sachliche Zuständigkeit des Gerichtes und die Vorschriften über das Erscheinen vor dem Friedensrichter. Diese beiden prozessualen Erfordernisse hat der Richter von Amtes wegen zu untersuchen (§ 91 ZPO). Beim Fehlen einer derartigen Voraussetzung soll er der Klage keine weitere Folge leisten. Der Instruktionsrichter besitzt damit in diesen Fällen nicht nur die Untersuchungsbefugnis, sondern auch das selbständige Entscheidungsrecht.

Dem Rechte der Verfügungsfreiheit entspricht auf der anderen Seite die Pflicht: jede Partei hat sich auf die von der Gegenpartei vorgebrachten Tatsachen zu äussern, denn Stillschweigen würde als Geständnis betrachtet. Zugestandene Behauptungen aber gelten als wahr, ohne dass eine Beweisabnahme darüber zu erfolgen hat. Indessen gilt die Erklärung einer Partei, dass sie die von der anderen vorgebrachten Tatsachen nicht kenne, als Bestreitung (§ 109 ZPO).

B. Die Eventualmaxime.

I. Der Gedanke der Eventualmaxime besteht im wesentlichen darin, dass das gesamte Prozessverfahren in verschiedene bestimmte Abschnitte und Stadien zerfällt. Sämtliche prozessuale Anbringen müssen ausschliesslich in dem dafür vorgesehenen Abschnitt vorgebracht werden; versäumte Prozesshandlungen können nicht mehr nachgeholt werden, sie sind verwirkt. Der Zweck dieses Prinzips ist eine Abkürzung und Konzentrierung des gesamten Prozessverfahrens. Für die Parteien ergibt sich daraus die Notwendigkeit, für den Fall des Fehlschlagens der in erster Linie geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmittel gleichzeitig mit diesen auch die nur eventuell, sozusagen „subsidiär“ in Frage kommenden Rechtsbehelfe vorzubringen²⁾. Die Eventualmaxime war ein Hauptgrundsatz des gemeinen Zivilprozesses, über dessen Wert selbst in neuerer Zeit noch verschiedene Auffassungen herrschten³⁾.

II. Wir haben nun zu untersuchen, wie weit die Eventualmaxime in der geltenden ZPO zum Ausdruck kommt. Das ordentliche Verfahren zerfällt in die Stadien des Sühneverfahrens, der Prozess-

²⁾ Heusler, der Zivilprozess der Schweiz, S. 53 u. 71.

³⁾ In anerkennendem Sinne Heusler, a.a.O. S. 77/78 und 192/193, ablehnend Reichel, ZBJV. Bd. 42 S. 18.

einleitung, des Beweisverfahrens und des Urteilsverfahrens. Jedes dieser Stadien dient ausschliesslich seinem ihm zugewiesenen Zweck, und die verschiedenen Prozesshandlungen können nur in dem dafür bestimmten Abschnitt vorgenommen werden. Im Verhältnis der einzelnen Stadien zueinander ist das Präklusionsprinzip in unserer ZPO konsequent durchgeführt. Die uns interessierende Verteidigung des Beklagten spielt sich daher auch nur in einem bestimmten, dafür vorgesehenen Abschnitt ab, nämlich in der Prozesseinleitung. Diese bezweckt die Abklärung der Einreden, des Tatbestandes, der Beweismittel und der Ausstellungsgründe gegen diese (§ 86 ZPO). Daraus geht hervor, dass die für den Ausgang des Prozesses entscheidenden Grundlagen in der Prozesseinleitung beschafft werden: in diesem Stadium muss der Kläger seine Begehren abschliessend substantiieren und hier hat der Beklagte alle seine Verteidigungsmittel vorzubringen. Unsere weiteren Untersuchungen werden sich daher auf das Gebiet der Prozesseinleitung beschränken.

III. Es ist nun die weitere Frage zu untersuchen, wie weit sich in der ZPO die Eventualmaxime innerhalb des Prozesseinleitungsstadiums selbst auswirkt. Hier ist das Eventualprinzip ausgeprägt in der Bestimmung enthalten, dass der Beklagte die Einreden alle auf einmal und vor Abgabe der Antwort zu erheben hat (§ 105 ZPO). Grundsätzlich verzichtet der Beklagte mit der Abgabe der Antwort darauf, Einreden geltend zu machen. Ihre nachträgliche Erhebung, etwa in den Anbringen zur Hauptsache, ist formell ausgeschlossen.

Abgeschwächt erscheint dagegen die Eventualmaxime in Bezug auf die Anbringen der Parteien in der Hauptsache selbst. Grosszügig gestattete die ZPO bis zur Teilrevision im Jahre 1926 in § 103, jede Partei könne auf die Anbringen der Gegenpartei Antwort geben, „so oft es nötig sein mag“. Dass eine derartige Lösung zu unhaltbaren Zuständen führen musste, braucht wohl nicht näher ausgeführt zu werden⁴⁾. In der erwähnten Teilrevision wurden dann die Anbringen der Parteien auf Klage, Antwort, Replik und Duplik beschränkt. Gegen neue Tatsachen oder Beweismittel des Beklagten in der Duplik kann der Kläger Gegenbeweise und

⁴⁾ Vgl. zu dieser Frage die drastische Bemerkung von Dr. Ernst Schenker in ZBJV Bd. 62 S. 363, die Zeiten seien noch nicht allzu weit zurück, „da der Rechtsschriftenwechsel der Parteien über Triplik und Quadruk hinauszuführen und erst dann aufzuhören pflegte, wenn den Anwälten die lateinischen Bezeichnungen ausgingen“.

Ausstellungsbegehren anbringen. Dieser zweimalige Schriftenwechsel sollte es den Parteien ermöglichen, in aller Ruhe ihre Anbringen zu machen. Diese für die Prozessführung als Erleichterung gedachte Regelung wird nun aber mit Vorliebe durch die Parteien selbst wieder illusorisch gemacht, indem sie ihre wirksamsten Angriffs- und Verteidigungsmittel vorerst aufsparen und erst im zweiten Schriftenwechsel vorbringen, um auf diese Weise den Gegner eher „erwischen“ zu können⁵⁾.

IV. Zusammenfassend gelangt man zur Feststellung, dass die Eventualmaxime in der ZPO zwar nicht mehr mit aller Konsequenz durchgeführt ist, aber doch in wesentlichen Punkten deutlich zum Ausdruck kommt. Wenn der Regierungsrat seinerzeit im Bericht zum Entwurf der heutigen ZPO schrieb, man habe das Eventualprinzip vollständig fallen gelassen⁶⁾, so war dies ein grosser Irrtum. Die Eventualmaxime in ihrer heutigen Ausgestaltung stellt immer noch grosse Anforderungen an die Sorgfalt der Parteien, ja sie weist teilweise sogar ganz besondere Tücken auf, wie wir noch sehen werden.

§ 3. Die einlässliche Verteidigung.

I. Wie wir schon gesehen haben, hat der Instruktionsrichter die Klage nur nach zwei Richtungen zu prüfen: einmal auf die Erfüllung der Vorschriften über den Friedensrichtervorstand und zweitens hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes. Erachtet der Gerichtspräsident diese Erfordernisse als erfüllt, so ladet er die Parteien zum ersten Rechtstag vor. Mit der Vorladung lässt er dem Beklagten gleichzeitig ein Doppel der Klage zustellen, sofern diese schriftlich eingereicht wurde (§ 94 ZPO). Der erste Rechtstag bezweckt eine friedliche Beilegung des Streites und wird deshalb als „Sühneversuch“ bezeichnet (§ 99 ZPO). Wenn

⁵⁾ Dass man aber unter Umständen in diese für den Gegner bestimmte Grube selbst hineinfallen kann, zeigt das Urteil des Obergerichtes in RB 1919 Nr. 9: der Beklagte hat darauf verzichtet, gegenüber den Klagebehauptungen einen anderen Standpunkt einzunehmen. Er bestritt nur das auf Grund der Klage Tatsachen geltend gemachte Recht, indem er Abweisung der Klage beantragte. In diesem Falle sprach das Obergericht dem Kläger das Recht zu einer Replik ab, da der Beklagte nichts vorgebracht habe, worauf repliziert werden könne!

⁶⁾ Zitiert von Schurter und Fritzsche, das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd. II, 2. Hälfte, S. 325.

unter den Parteien keine Einigung zustande kommt, so wird die Klage zu Protokoll genommen und dem Beklagten zur Abgabe der Antwort Frist gesetzt.

II. Diese Antwort kann mündlich erfolgen, wobei sie vom Gerichtsschreiber zu protokollieren ist, oder aber schriftlich in Form einer Rechtsschrift. Die Vorschriften der ZPO über die Ausgestaltung der Rechtsschriften sind äusserst spärlich. So besagt § 102 lediglich, dass die Parteien ihre Anbringen auch schriftlich einlegen können, ohne jedoch darin Rechtserörterungen vornehmen zu dürfen. Ferner bestimmt § 87 ZPO, bei schriftlicher Einreichung sei die Klage im Doppel abzugeben; eine Vorschrift, die natürlich auch auf die übrigen Rechtsschriften anzuwenden ist.

Diese dürftige Regelung der Rechtsschriften ist auffallend, besonders wenn man daneben die oft ins kleinste Detail gehenden übrigen Vorschriften der ZPO berücksichtigt. Der Grund dazu liegt in dem Umstand, dass der Zivilprozess von 1839 ausschliesslich das mündliche Verfahren kannte. In der Praxis setzte sich aber dann rasch die Schriftlichkeit wieder durch. So konnte die Prozessreform von 1891 diesen Zustand nur noch sanktionieren, indem sie nun ausdrücklich schriftliche oder mündliche Prozesseinleitung zulies, ohne jedoch für das schriftliche Verfahren weitere Vorschriften aufzustellen¹⁾. Die heute allgemein übliche Form der Rechtsschrift im Solothurnischen Prozessverfahren beruht daher auf Gepflogenheiten, welche durch die Praxis eingeführt worden sind. Meistens wird ungefähr folgendes Schema befolgt: zuerst erfolgt die Bezeichnung der Rechtsschrift (Klage, Antwort etc.), dann die Benennung der Parteien und ihrer Vertreter, weiter die Natur des Anspruches und die Rechtsbegehren mit dem Antrag über die Tragung der Prozesskosten und der Entschädigung. Der Streitwert wird selten angegeben; aus diesem Grunde bereitet die Bestimmung der sachlichen Kompetenz, die vom Richter ex officio zu prüfen ist, gelegentlich erhebliche Schwierigkeiten. Dann folgt die Erzählung der Tatsachen, aus denen die Parteien ihre Begehren herleiten, d.h. die Begründung. Diese zerfällt in einzelne Beweissätze, welche von der Klage bis zur Duplik fortlaufend numeriert werden. Zu jedem Beweissatz folgt die Angabe der betreffenden Beweismittel. Anschliessend an die Begründung werden eventuelle Begehren um Erlass oder Aenderung einstweiliger Verfügungen oder Zeugenaus-

¹⁾ Schurter und Fritzsche, a.a.O. S. 328.

stellungsbegehren gestellt. Wie bereits erwähnt, darf die Rechtschrift trotz ihres Namens keine Rechtserörterungen enthalten. Immerhin dürfte es sich bisweilen empfehlen, die Rechtsnormen anzuführen, auf die man sich zu berufen gedenkt. Gelegentlich geben nun ausserkantonale Parteivertreter Rechtsschriften ein, die in ihrem Aufbau den soeben dargestellten Gepflogenheiten in keiner Weise entsprechen. Mangels einer gesetzlichen Regelung können sie jedoch vom Instruktionsrichter nicht zurückgewiesen werden.

III. Der Beklagte, der sich gegen die Klage zur Wehr setzen will, stellt in der Antwort das Begehren entweder auf volle Abweisung der Klage oder auf Abweisung soweit sie den anerkannten Betrag übersteigt. Er verzichtet auf eine Begründung seines Abweisungsbegehrens dann, wenn er die vom Kläger geltend gemachten Tatsachen gar nicht bestreitet, sondern nur den daraus gezogenen Rechtsschluss. Der vom Kläger behauptete Tatbestand gilt in diesem Falle als wahr, das Beweisverfahren fällt dahin und der Ausgang des Prozesses hängt einzig von der Entscheidung der Rechtsfrage durch das Gericht ab. Wenn dagegen die Anbringen des Klägers ein für den Beklagten ungünstiges Urteil herbeiführen würden, muss der Beklagte sein Antwortbegehren begründen. Sein Vorgehen wird dabei durch die Sachlage des Einzelfalles bestimmt. Prinzipiell kann der Beklagte alle möglichen, rein materiellrechtlichen Bestreitungen vornehmen und Gegenbehauptungen anstellen. Eine Ausnahme bildet die Bestreitung der Aktiv- und Passivlegitimation, welche in der Antwort unzulässig wäre²⁾).

Der Beklagte kann sogar seinerseits zum Angriff übergehen, indem er gegen den Kläger eine Widerklage erhebt. Eine solche ist aber nur dann zulässig, wenn sie sich auf das „gleiche Geschäft“ oder den „gleichen Titel“ bezieht wie die Hauptsache (§ 26 Abs. 2 ZPO); d.h. der Grund der Widerklage muss mit demjenigen der Hauptklage *k o n n e x* sein.

IV. Auf die Antwort des Beklagten kann der Kläger replizieren, worauf der Beklagte wiederum das Recht zur Abgabe der Duplik besitzt. In diesem zweiten Schriftenwechsel sind nach unserer ZPO die Parteien nun nicht etwa auf den bisher gesammelten Prozessstoff beschränkt, wie dies in anderen Prozessordnungen vielfach der Fall ist³⁾. So kann der Kläger in der Replik zur Begründung

²⁾ Darüber unter S. 18.

³⁾ Guldener, S. 128.

der Klage unbehindert neue Tatsachen geltend machen. Die vollständige Aenderung des tatsächlichen Klagefundamentes ist daher in der Replik zulässig. Ebenso ist der Beklagte in der Duplik nicht nur auf die Verteidigung gegen die gegnerischen Anbringen in der Replik beschränkt. Er kann auch hier noch Verteidigungsgründe geltend machen, die sich gegen die Begründung der Klageschrift richten und die er schon in der Antwort hätte vorbringen können, (§ 103 ZPO). Ausserdem ist in der Duplik noch die Kritik der in der Klage angerufenen Beweismittel zulässig (§ 111 ZPO)⁴⁾.

V. Mit der Abgabe der Antwort lässt sich der Beklagte materiell auf die Klage ein. Wenn er die Einlassungspflicht bestreiten will, so darf er vorerst keine Antwort geben, sondern er muss an ihrer Stelle eine **Einrede** erheben.

§ 4. Die Einrede.

Die Regelung der Einreden findet sich in den §§ 105—108 ZPO. Sie stellen eine selbständige Lösung des Gesetzgebers Reinert dar, die deshalb besondere Beachtung verdient, weil sie trotz der damals herrschenden, komplizierten Auffassung in dieser Frage verhältnismässig einfach und klar ausgestaltet ist. Da wir uns mit dieser Institution kritisch auseinanderzusetzen haben, rechtfertigt es sich, hier den Gesetzestext wiederzugeben:

Einreden. 105. Werden Einreden erhoben, so sind sie alle auf einmal anzugeben. Der Richter verfügt, ob sie getrennt von der Hauptsache oder mit derselben zu gleicher Zeit zu behandeln seien. Die Einreden sind vor Abgabe der Antwort zu erheben.

Behandlung der Einreden. 106. Bei der Verfügung über die Einreden hat der Richter einerseits zu berücksichtigen, dass nicht durch getrennte Verhandlung die endliche Erledi-

⁴⁾ Wenn eine Partei dadurch die Prozesseinleitung verzögert, dass sie neue Tatsachen und Beweismittel anführt, die sie bereits früher hätte anbringen können, so ist sie vom Gerichtspräsidenten zu den dadurch verursachten Kosten zu verfallen (§ 104 ZPO). Diese Bestimmung hätte Prozessverschleppungen zur Zeit der unbeschränkten Anbringen vor 1926 verhindern sollen; sie scheint aber schon damals ihren Zweck nicht erfüllt zu haben und ist heute völlig bedeutungslos geworden, vgl. B. Laett, der Zivilprozess des Johann Baptist Reinert, S. 104.

gung des Rechtsstreites ungebührlich verzögert werde, andererseits, dass nicht durch gemeinschaftliche Verhandlung den Parteien unnötige Schwierigkeiten aufgebürdet werden. Einreden, wodurch der Gerichtsstand, die Befugnis des Klägers zur Klage überhaupt (Aktivlegitimation) oder die Belangbarkeit des Beklagten überhaupt (Passivlegitimation) bestritten werden, sind in der Regel gesondert zu behandeln.

Parteirolle

bei Einreden. 107. Bei den die Einreden betreffenden Anbringen tritt diejenige Partei, die sie erhoben, an die Stelle des Klägers, und diejenige, gegen welche sie erhoben worden, an jene des Beklagten.

Gemeinschaftl.

Behandlung. 108. Wird verfügt, dass die Einreden zugleich mit der Hauptsache zu verhandeln seien, so haben sich die Parteien auf letztere einzulassen.

A. Der Gegenstand der Einrede.

I. Es ist auffallend, dass die ZPO den Begriff der Einrede überhaupt nicht definiert. So geht denn aus dem Gesetzestext allein ihr Anwendungsgebiet nur sehr unklar hervor.

In der Prozessordnung von 1839 fehlte jeder Hinweis auf Inhalt und Gegenstand der Einrede. Erst die Prozessreform von 1891 brachte die Wegleitung an den Richter, dass die Einreden der Unzuständigkeit, der fehlenden Aktiv- und Passivlegitimation in der Regel von der Hauptsache zu trennen und gesondert zu behandeln seien. Selbstverständlich gibt uns aber auch diese Vorschrift keine Begriffsbestimmung der Einrede; sie musste notwendigerweise von der Gerichtspraxis herausgearbeitet werden¹⁾.

II. Zu den Einreden im Sinne der ZPO gehören nach der seit ungefähr 100 Jahren vom Solothurnischen Obergericht befolgten Praxis vor allem die Rügen, welche den Mangel prozessualer Erfordernisse des betreffenden Rechtsstreites behaupten. Das Obergericht bezeichnet sie in Uebereinstimmung mit der Theorie, auf

¹⁾ Wüthrich, die Einrede nach Soloth. Zivilprozessrecht, S. 88ff., Aufsatz in der Festgabe Solothurnischer Juristen zum 75-jährigen Bestehen des Schweizerischen Juristenvereins, 1936.

welcher diese Ordnung unserer ZPO beruht, als prozesshindernde Einreden. Bei ihrer Erhebung geht der Beklagte gar nicht auf die materiellrechtlichen Fragen des betreffenden Rechtsstreites ein; er bestreitet die Berechtigung des Richters, ein Sachurteil überhaupt fällen zu dürfen, weil rein prozessuale Bedingungen des betreffenden Rechtsstreites nicht erfüllt sind. Die wichtigsten dieser prozessualen Mängel, welche mit Hilfe der prozesshindernden Einreden gerügt werden können, betreffen:

1. Das Gericht (z.B. Unzulässigkeit des Rechtsweges, Unzuständigkeit);
2. Die Parteien (z.B. fehlende Partei- und Prozessfähigkeit, Einreden der Streitgenossenschaft nach § 8 ZPO und die mangelnde Sicherheitsleistung nach § 19 ZPO);
3. Die Sache (z.B. res iudicata, Rechtshängigkeit);
4. Das Verfahren (z.B. Fehlen des Sühnevorstandes, Unzulässigkeit der gewählten Prozessart²⁾).

Diese Mängel prozessualer Natur hat der Richter nur dann zu berücksichtigen, wenn sie vom Beklagten ausdrücklich geltend gemacht werden. Eine Ausnahme bilden der Friedensrichtervorstand und die Zuständigkeit, welche vom Richter von Amtes wegen zu prüfen sind (§ 91 ZPO), doch können auch sie nötigenfalls vom Beklagten in der Form einer Einrede vorgebracht werden.

III. Die Einrede unserer ZPO umfasst aber nach der Gerichtspraxis nicht nur die soeben dargestellten prozessualen Rügen, die ein Sachurteil zu verhindern vermögen. Der Beklagte kann sich der Institution der Einrede auch bedienen, um solche Einreden vorzubringen, die er aus dem materiellen Recht ableitet und die sich direkt gegen den klägerischen Anspruch richten. Hier musste das Obergericht mit einer Definition die notwendige Umschreibung vornehmen: „Einrede im materiellrechtlichen Sinne ist die Behauptung einer Tatsache, deren Existenz, trotz der Existenz der die Klage begründenden Tatsachen, die Abweisung der Klage begründet“³⁾. „Demnach sind Einreden nicht die Klagebehauptung widerlegende Prozessvorkehrungen“⁴⁾. Die Einrede unterscheidet sich von der ein-

²⁾ Heusler, Fragment in ZSR, Bd. 41, S. 282.

³⁾ Aus dem RB 1933 Nr. 14.

⁴⁾ Aus dem RB 1857 S. 26.

lässlichen Antwort dadurch, dass sie das Fundament der Klage, beziehungsweise die tatsächliche Begründung nicht angreifen darf; mit anderen Worten, die Bestreitung einer Klagebehauptung in der Einrede ist unzulässig⁵⁾). Gemäss dieser vom Obergericht entwickelten Praxis fallen unter den Begriff der materiellrechtlichen Einrede alle Anbringen des Beklagten, die man nach heutiger wissenschaftlicher Terminologie zu den Einwendungen (z.B. Handlungsunfähigkeit, Verrechnung) und den Einreden (z.B. Stundung, Verjährung) zählt⁶⁾).

IV. Alle diese Einreden — sowohl die prozesshindernden wie die materiellrechtlichen — können nun wiederum nach ihrer Wirkung eingeteilt werden in verzögerliche (dilatorische) und zerstörlische (peremptorische) Einreden, je nachdem sie den Beklagten bloss vorübergehend, bis der Mangel behoben ist, oder aber endgültig von der Einlassungspflicht befreien. Diese Unterscheidung, die heute noch in verschiedenen Schweizerischen Zivilprozessordnungen getroffen wird⁷⁾, spielt verfahrensmässig in unserer ZPO glücklicherweise keine Rolle.

B. Die formelle Behandlung der Einrede.

I. Die formelle Behandlung der Einrede ist in der ZPO schon eingehender geregelt. Der Beklagte, der Einreden erheben will, hat diese vorerst an Stelle der Antwort anzubringen. Unterlässt er es und gibt er gerade die Antwort ab, so verzichtet er damit auf die Erhebung von Einreden; ein nachträgliches Vorbringen ist formell ausgeschlossen. Eine andere Frage ist es indessen, ob sie nicht in einer anderen Form — ausserhalb des Einredevorgangs — doch noch geltend gemacht werden können¹⁾. Ausserdem hat der Beklagte sämtliche Einreden gleichzeitig abzugeben. Das Eventualprinzip gilt hier uneingeschränkt.

II. Durch Abgabe der Einrede wird der Beklagte zum Einredekläger. Sein Rechtsbegehren lautet stets, er habe sich nicht auf die Klage einzulassen. Der ursprüngliche Kläger wird zum Einredebe-

⁵⁾ RB 1869 S. 30.

⁶⁾ Darüber S. 48.

⁷⁾ Guldener, S. 151 ff., ferner eingehend über die Luzernische ZPO Troller, ZSR, NF, Bd. 64 S. 76 ff.

¹⁾ Darüber unten S. 26.

klagten: Die Parteirollen werden also im Einredeverfahren vertauscht (§ 107 ZPO).

III. Der Gerichtspräsident hat nunmehr nach eigenem Ermessen zu entscheiden, ob die weitere Verhandlung der Einreden in einem separaten Verfahren oder gleichzeitig mit der Hauptsache durchzuführen sei. Bei seiner Verfügung soll er sich vom Zwecke der Institution leiten lassen; denn der Gesetzgeber wollte mit der Möglichkeit, das Verfahren auf bestimmte Punkte zu beschränken, den ganzen Prozess vereinfachen und abkürzen²⁾. Auf diese Weise soll die Sammlung von überflüssigem Prozessstoff vermieden werden. Der Gerichtspräsident hat daher zu berücksichtigen, dass einerseits durch die gemeinsame Verhandlung der Prozess nicht unnötig kompliziert, andererseits durch getrennte Verhandlung das Verfahren nicht verschleppt werde (§ 106 ZPO). Ausserdem gibt aber die ZPO noch die Anweisung, dass die Rügen des Gerichtsstandes und der Aktiv- und Passivlegitimation in der Regel gesondert zu behandeln seien. Nach der obergerichtlichen Praxis ist diese Bestimmung allgemein auf alle prozesshindernden Einreden anzuwenden; nur wenn sie „offensichtlich unbegründet“ sind, ist die gemeinsame Behandlung mit der Hauptsache gegeben³⁾.

Bei seinem Entscheid, ob das Einredeverfahren getrennt von der Hauptsache durchgeführt werden soll, hat daher der Gerichtspräsident zwei verschiedene Masstäbe anzulegen, je nachdem es sich um Prozesseinreden und die Einreden der fehlenden Legitimation handelt, oder aber um die übrigen materiellrechtlichen Einreden.

Die Verfügung des Gerichtspräsidenten über die Verhandlung der Einreden kann mit Hilfe einer Beschwerde gemäss § 238 ZPO an das Obergericht weitergezogen werden.

IV. Sofern der Gerichtspräsident die gemeinsame Verhandlung mit der Hauptsache verfügt, hat sich der Beklagte auf die Klage einzulassen und die Antwort abzugeben (§ 107 ZPO). Dann wird der Prozess in der Haupt- und Einredesache weitergeführt. Wenn dagegen die Einrede vom Hauptverfahren abgetrennt wird, so wird die Gegenstand eines besonderen Verfahrens, eines separaten „Prozesses im Prozesse“, bis zu dessen Erledigung die Hauptsache sistiert bleibt.

²⁾ Wüthrich, a.a.O. S. 87.

³⁾ RB 1947, Nr. 16.

V. Die ZPO gibt keine nähere Regelung des Verfahrens im Einredeprozesse. Von der Praxis wurden daher die Vorschriften über das Prozedere in der Hauptsache in vollem Umfange auf das Einredevorfahren angewendet. Insbesondere gilt dies für die oben gegebene Darstellung des zweimaligen Rechtsschriftenwechsels, bzw. des rechtlichen Gehörs⁴⁾. Diese unveränderte Uebernahme des ordentlichen Einleitungsverfahrens in den Einredeprozess erscheint mir prinzipiell anfechtbar.

Wie wir schon festgestellt haben, ist für das Einredevorfahren in der ZPO das strenge und konsequente Eventualprinzip vorgesehen (§ 105 ZPO). Trotzdem gewährt nun die Praxis den Parteien auch im Einredeprozess je zweimal Gelegenheit für ihre Anbringen, obwohl jede Grundlage dafür fehlt und der Wortlaut des Gesetzes dagegen spricht. Denn der § 103 ZPO, in welchem die zweimaligen Anbringen der Parteien festgelegt sind, bezieht sich ausdrücklich nur auf die Hauptsache und auf die Widerklage⁵⁾.

VI. Das Urteil des Amtsgerichtes in Einreden über Streitgegenstände, deren Wert Fr. 600.— übersteigt oder unbestimmbar ist, können an das Obergericht weitergezogen werden; die Voraussetzungen sind dieselben wie in der Hauptsache.

Der rechtskräftige Entscheid über die Einrede lautet entweder auf deren Abweisung: in diesem Falle wird in der Hauptsache weitergefahren und der Beklagte hat die Antwort abzugeben. Oder das Einredebegehren wird gutgeheissen, dann hat sich der Beklagte nicht auf den Prozess einzulassen und der Prozess wird abgeschrieben.

⁴⁾ Cartier, Grundriss des Solothurnischen Zivilprozessrechtes, S. 27.

⁵⁾ Tatsächlich bedeutet der zweite Rechtsschriftenwechsel im Einredevorfahren einen unnützen und stilwidrigen Leerlauf. Dies geht aus folgender Ueberlegung hervor: der eigentliche Zweck des zweimaligen rechtlichen Gehörs besteht doch darin, dass die Parteien die Begründung ihrer Begehren erweitern können, wenn die ersten Anbringen vom Gegner entkräftet wurden. Eine Erweiterung der Begründung in die Einredereplik ist jedoch ausgeschlossen. Denn die Begründung zum Einredebegehren ist eben die einzelne konkrete Einrede; diese sind aber nach positiver Gesetzesvorschrift alle auf einmal abzugeben. Es kann daher der Einredekläger in der Einredereplik höchstens die bereits vorgebrachte Begründung noch näher pазisieren und sich mit der Einredeantwort auseinandersetzen. Richtigerweise sollte sich nun der Einredebeklagte in der Einrededuplik auch nur noch zu den Anbringen in der Einredereplik äussern dürfen; dies ist jedoch nicht der Fall. Nach der Praxis der Solothurnischen Gerichte sind in der Einrededuplik immer noch neue Verteidigungsanbringen gegenüber der Einredeklage möglich!

C. Einzelfragen.

I. Die tatbeständliche Grundlage, auf welcher sich das Einredeverfahren abwickelt, wird durch die Klageanbringen in der Hauptsache bestimmt. Für den Kläger besteht im Einredeprozess keine Möglichkeit mehr, das Klagefundament zu ändern oder zu erweitern. Der Einredeprozess muss auf der Basis des in der Hauptklage enthaltenen Tatbestandes entschieden werden¹⁾.

Diese Lösung kann nicht befriedigen. Nach den Vorschriften unserer ZPO darf der Kläger bei Einreichung der Klage damit rechnen, sein Klagefundament in der Replik ergänzen zu können, sofern sich der Beklagte gegen die Klageanbringen materiell verteidigt. Dieses Recht besitzt er nun aber nur, wenn sich der Beklagte einlässt und eine Antwort abgibt. Erhebt der Beklagte jedoch eine Einrede im Sinne der ZPO und verfügt der Richter deren separate Verhandlung, so wird dem Kläger damit die Möglichkeit genommen, sein Klageanbringen zu erweitern. Das bedeutet für den Kläger konsequente Anwendung des Eventualprinzips und eine ungerechtfertigte Schlechterstellung gegenüber dem Beklagten. Der Einwand, für den Beklagten gelte im Einredeverfahren die Eventualmaxime ja ebenfalls uneingeschränkt, geht hier fehl. Denn wenn der Beklagte mit seinen Einreden nicht durchdringt, so stehen ihm immer noch sämtliche Möglichkeiten der einlässlichen Verteidigung zur Verfügung. Wenn aber der Hauptkläger im Einredeprozess unterliegt, so ist für ihn der Prozess verloren.

II. Bei gleichzeitiger Abgabe mehrerer Einreden hat sich das Gericht zu entschliessen, in welcher Reihenfolge sie behandelt werden sollen.

Wenn prozesshindernde und materiellrechtliche Einreden miteinander konkurrieren, so sind die prozesshindernden Einreden unter allen Umständen zuerst zu beurteilen. Erst wenn sie sich als unbegründet herausgestellt haben, dürfen die aus dem materiellen Recht abgeleiteten Einreden entschieden werden. Dieses Vorgehen

¹⁾ RB 1933, Nr. 14: „Hat der Kläger in der Klage ausschliesslich Tatsachen vorgebracht, die auf eine Werkeigentümerhaftung nach Art. 55 OR Bezug haben, so kann er im Einredeprozess das Klagefundament nicht in dem Sinne erweitern, dass der Klage Tatsachen hinzugetragen werden, die eine Haftung aus Art. 41 oder 55 OR begründen könnten“.

erscheint selbstverständlich, „da bei Gutheissung nur einer prozesshindernden Einrede ein Sachurteil gar nicht mehr ergehen kann“²⁾).

Wenn mehrere prozesshindernde Einreden allein zur Beurteilung stehen, ist nach einem grundsätzlichen Entscheid des Obergerichtes die Rüge der Unzuständigkeit des Gerichtes vor allen anderen zu prüfen. „Denn wenn der Solothurnische Richter mangels örtlicher Zuständigkeit nicht der verfassungsmässige Richter des Beklagten ist, so ist er überhaupt nicht mehr in der Lage, über die anderen Einreden“ — es handelte sich um die prozesshindernden Einreden der fehlenden Prozessfähigkeit und der mangelnden Streitgenossenschaft — „zu urteilen, da deren Beurteilung die Zuständigkeit des Richters zur Voraussetzung hat“³⁾).

In dieser Frage gelangen wir zu einem ähnlichen Resultat wie das Obergericht, allerdings auf Grund einer völlig anderen Ueberlegung. Bekanntlich hat der Instruktionsrichter die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichtes sowie die Erfüllung der Vorschriften über den Friedensrichtervorstand von Amtes wegen zu prüfen (§ 91 ZPO), bevor er dem Beklagten die Klage überhaupt zustellt. Wenn nun der Beklagte einen derartigen Einwand erhebt, „so kommt diesem Antrag eher der Charakter einer Parteienregung zur richterlichen Ueberprüfung zu“⁴⁾. Die Rügen der fehlenden Zuständigkeit und des mangelnden Friedensrichtervorstandes besitzen also nach unserer ZPO eine Wirkung, welche die übrigen Prozesseinreden übertrifft. Von diesem Standpunkt aus betrachtet hat das Gericht beim Vorliegen mehrerer prozesshindernder Einreden auf alle Fälle zuerst diese beiden Rügen zu untersuchen: denn wenn sie sich als begründet erweisen, hätte der Prozess gar nicht eingeleitet werden dürfen.

III. Wie wir bereits festgestellt haben, ist die Eventualmaxime im Einredevorfahren konsequent durchgeführt. Grundsätzlich ist eine nachträgliche Erhebung nicht rechtzeitig vorgebrachter Einreden formell ausgeschlossen; sie gelten als verwirkt.

Von grösster praktischer Bedeutung ist nun die Frage, ob und wie weit nicht rechtzeitig erhobene Einreden nachträglich und ausserhalb des Einredevorfahrens — d.h. als Anbringen in der Hauptsache — noch geltend gemacht werden können.

²⁾ RB 1938, Nr. 18.

³⁾ RB 1929, Nr. 16.

⁴⁾ Matti, Zivilprozessrecht, S. 1083.

Die Antwort auf diese Frage erhalten wir, wenn wir uns die formelle Funktion des Einredeverfahrens vor Augen halten: sie besteht in der Entscheidung der Einlassungspflicht des Beklagten. Für Einreden, die sich ihrem Wesen nach nur gegen die Einlassung richten, kommt ein nachträgliches Vorbringen in der Hauptsache natürlich nicht in Frage. Wie wir gesehen haben, sind es die prozesshindernden Einreden, welche die Einlassungspflicht bestreiten. Für sie besteht daher keine Möglichkeit einer nachträglichen Erhebung anlässlich der Verhandlung der Hauptsache.

Dabei sind nun allerdings zwei Vorbehalte anzubringen. Einmal hat gemäss §§ 28 und 57 ZPO der Richter von Amtes wegen in jedem Stadium des Verfahrens seine sachliche Kompetenz zu prüfen; selbstverständlich kann diese Prüfung auch ausserhalb des Einredeverfahrens durch den Beklagten jederzeit beantragt werden⁵⁾. Sodann können nach § 127 ZPO die Parteien ebenfalls ausserhalb der Prozesseinleitung noch Einreden geltend machen, wenn diese ihren Grund in solchen Verhältnissen haben, welche erst nach der Einleitung entstanden sind⁶⁾.

Völlig anders liegen die Verhältnisse bei den aus dem materiellen Recht hergeleiteten Einreden. Diesen ist die Funktion der Einlassungsverweigerung nicht begriffswesentlich. Ihr Ziel geht nicht auf Abweisung des Prozesses, sondern auf Abweisung der Klage. Die materiellrechtlichen Einreden können daher ohne weiteres noch bei Behandlung der Hauptsache, als Begründung in der Antwort oder Duplik vorgebracht werden. Hier liegt sogar der normale Anwendungsbereich der materiellen Einreden. Die Möglichkeit ihrer Behandlung im Einredeverfahren geht sogar nicht einmal aus der ZPO hervor, sondern sie wurde erst von der Gerichtspraxis angenommen.

⁵⁾ Wüthrich, a.a.O. S. 91.

⁶⁾ Wüthrich, a.a.O. S. 92: „Die in § 127 statuierte Ausnahme muss natürlich in ausserordentlichen Verhältnissen begründet sein, damit sie als erheblich angesehen werden kann. Theoretisch und auch praktisch ist denkbar, dass der Kläger während oder nach der Einleitung des Zivilprozesses seinen Anspruch adhäsionsweise in einem Strafverfahren gegen den Beklagten geltend macht. Würde der Anspruch im Strafverfahren zugesprochen, was zutreffen könnte, wenn der Beklagte in diesem Verfahren keine Einrede erheben sollte, so müsste ihm im Zivilprozess offenbar eine nachträgliche Einrede, nämlich die Einrede der abgeurteilten Sache, gemäss § 127 zugestanden werden“. Ebenso könne der § 12 Abs. 3 ZPO die Grundlage zu einem praktischen Fall nach § 127 bieten.

IV. In diesem Zusammenhang haben wir uns noch mit einem Sonderfall zu befassen. Nach § 106 ZPO sind Einreden, wodurch der Gerichtsstand und die Aktiv- oder Passivlegitimation bestritten werden, „in der Regel“ gesondert zu behandeln. Es wäre naheliegend, diese Bestimmung als blosser Anweisung und Wegleitung an den Richter über das Vorgehen in den betreffenden Fällen zu betrachten. Im übrigen würde die soeben erfolgte Darstellung über den Zeitpunkt, in welchem die Einreden vorgebracht werden können und müssen, durch diese Bestimmung in keiner Weise beeinflusst. So wäre die Rüge der fehlenden Aktiv- oder Passivlegitimation dann ausschliesslich in der Form der Einrede möglich, wenn die betreffenden Mängel prozessualer Natur sind, wie z.B. bei fehlendem Prozessführungsrecht oder bei der Einrede der Streitgenossenschaft. Die aus dem materiellen Recht stammenden Anfechtungen der Legitimation, wie beispielsweise die Behauptung der Ungültigkeit einer Schuldübernahme, sollten natürlich auch noch in den Anbringen zur Hauptsache vorgebracht werden können⁷⁾. Diese Lösung würde dem § 106 ZPO in keiner Weise widersprechen. Denn gerade die Tatsache, dass die Einreden der fehlenden Zuständigkeit und der mangelnden Legitimation von der Prozessordnung in einem Atemzug genannt werden, lässt den Schluss zu, das Gesetz habe hier den Ausdruck „Legitimation“ rein prozessrechtlich aufgefasst; denn tatsächlich wird unter dieser Bezeichnung teilweise auch von der Theorie nur der engere prozessuale Begriff des Prozessführungsrechts verstanden⁸⁾.

Aus dem Wortlaut des § 106 ZPO zieht nun aber das Obergericht eine ganz andere Schlussfolgerung. Nach seiner Praxis muss die Behauptung der fehlenden Legitimation einer Partei unterschiedslos in allen Fällen in der Form der Einrede, also vor Abgabe der Antwort erhoben werden. Der Beklagte kann also die fehlende Legitimation, selbst wenn sie rein materiellrechtlicher Natur ist

⁷⁾ dieser Ansicht ist schon Wüthrich, a.a.O. S. 89/90.

⁸⁾ So Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 160 ff: „Es ist deshalb unzutreffend, die Sachlegitimation einfach danach zu bestimmen, ob die Partei Subjekt des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses ist . . . Die Klage des falsus heres, der sich die Erbschaftsforderung zuschreibt, wird einfach deshalb als unbegründet abgewiesen, weil er nicht forderungsberechtigt ist, die Klage gegen den Nichtbesitzer deshalb, weil gegen ihn der zivile Eigentumsanspruch nicht begründet ist. Das sind Urteile zur Hauptsache, während wegen des Mangels des Prozessführungsrechtes die Klage nur als unzulässig abgewiesen wird.“

(Ungültigkeit einer Zession, etc.), bei Behandlung der Hauptsache gar nicht mehr geltend machen⁹⁾! Diese Auslegung wird vom Obergericht kurzerhand damit begründet, dass die ZPO in § 106 die Behauptung der fehlenden Legitimation als Einrede bezeichne, weshalb sie in vollem Umfange unter die Bestimmung des § 105 gehöre und daher in allen Fällen nur vor Abgabe der Antwort als Einrede erhoben werden könne. Die vorhin durchgeführte, schon von Dr. Wüthrich vertretene Differenzierung wird mit der Bemerkung abgetan, sie sei „de lege ferenda zu begrüßen“¹⁰⁾. Es ist klar, dass diese Praxis zu einer schikanösen Prozessfalle werden kann.

D. Das Ergebnis.

Wir haben bereits erwähnt, dass das formelle Ziel der Einrede in der Bestreitung der Einlassungspflicht besteht. Diese Funktion ergibt sich notwendigerweise aus der Formulierung des Einredebegehrens, welches immer lautet, „es habe sich der Beklagte nicht auf die Klage einzulassen“. Dementsprechend wird im Dispositiv des Einredeentscheides ausschliesslich das Bestehen oder Nichtbestehen der Einlassungspflicht festgestellt.

Wie wir terner gesehen haben, kann diese Einlassungsverweigerung sowohl vermittelt der prozesshindernden Einreden, als auch auf Grund rein materiellrechtlicher Einreden erreicht werden. Diese beiden Feststellungen, die sich aus der Gerichtspraxis notwendigerweise ergeben, enthüllen schonungslos den logischen Widerspruch, an dem unsere ganze Einredeordnung krankt. Richtigerweise wären ausschliesslich die prozesshindernden Einreden geeignet, die Einlassungspflicht zu bestreiten. Dies geht einwandfrei aus der Bedeutung des Begriffes „Einlassungsverweigerung“ hervor: es ist die Möglichkeit, unter Hinweis auf bestimmte prozessuale Mängel eine materielle Behandlung und Beurteilung der Klage zu verhindern. Die sog. materiellrechtlichen Einreden dagegen be-

⁹⁾ Nicht publiziertes Urteil, in zustimmendem Sinne besprochen von Dr. Schürmann in SJZ, Bd. 39 S. 68. Darin heisst u.a., das Obergericht habe „am Wortlaut des Gesetzes festgehalten und — im vollen Bewusstsein der theoretischen Anfechtbarkeit der gesetzlichen Regelung — den Zweckmässigkeitsgedanken (!), der sie beherrscht, betont und demnach auf Ausschluss der Einrede der fehlenden Legitimation erkannt, wenn sich die Partei materiell auf die Klage eingelassen hatte.“

¹⁰⁾ SJZ, Bd. 39, S. 68.

ziehen sich, wie dies der Name schon ausdrückt, auf das zivilrechtliche Streitverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten. Sie wenden sich gegen die materielle Verwirklichung des klägerischen Anspruches und bewirken daher eine Sachverhandlung und ein Sachurteil. Der Unterschied zum Verfahren in der Hauptsache besteht lediglich darin, dass vorerst nur gewisse Punkte des Streitverhältnisses zur Beurteilung gelangen. Es kommt zu einer Sachverhandlung mit beschränktem Thema.

Angesichts dieses grundverschiedenen Charakters der materiellrechtlichen Einreden bedeutet es mehr als nur einen Schönheitsfehler, wenn sie in ihrer rechtlichen Wirkung mit den prozesshindernden Einreden gleichgestellt werden. Es ist ein Beweis dafür, dass das Wesen des Begriffes Einlassung nicht richtig erfasst wurde. Die Guttheissung z.B. der Verjährungseinrede mit der Formel, „der Beklagte hat sich nicht auf die Klage einzulassen“, muss einem Juristenohr wehtun.

Richtigerweise sollte sich die Gerichtspraxis endlich einmal entscheiden, ob das Einredevorfahren als reines Institut der Einlassungsverweigerung beibehalten werden soll; dann müssten die materiellrechtlichen Einreden davon ausgeschlossen werden. Oder man könnte am bisherigen Einredobegriff festhalten; dann sollte berücksichtigt werden, dass die gleiche Einrichtung zwei ganz verschiedenen Zielen dient. Dementsprechend müssten dann aber im Urteilsdispositiv die notwendigen Differenzierungen erfolgen.

§ 5. Kritik der geltenden ZPO.

A. Praktische Schlussfolgerungen.

I. Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass die ZPO das heute übliche schriftliche Verfahren nur sehr lückenhaft und unübersichtlich regelt. Mit Hilfe der Prozessordnung allein ist die einigermassen sichere Führung eines Prozesses heute nicht mehr möglich. Die genaue Kenntnis der Gerichtspraxis, welche der Uneingeweihte in den nahezu hundert Rechenschaftsberichten des Obergerichts zusammensuchen kann, ist unbedingt erforderlich. Aber auch diese von der Praxis getroffenen Ergänzungen können nicht immer als logisch und befriedigend bezeichnet werden. Für einen geordneten Rechtsstaat bedeuten die heutigen Verhältnisse keinen Idealzustand.

II. Es liegt in der Natur des Zivilprozesses überhaupt, dass die Parteirolle des Beklagten im allgemeinen die günstigere ist als diejenige des Klägers. Denn der Kläger hat dafür zu sorgen, dass die formellen und materiellen Erfordernisse für eine Gutheissung der Klage erfüllt sind; er hat sein Begehren zu substantiieren und ist für seine Behauptungen beweispflichtig. Der Beklagte dagegen braucht sich oft nur aufs Abwarten und Bestreiten zu verlegen, um sein Ziel zu erreichen. Ausserdem bedeutet es einen grossen Vorteil für den Beklagten, dass er seine Verteidigung nur gegen einzelne wesentliche Punkte des gegen ihn gerichteten Angriffs zu konzentrieren braucht; denn ein einzelnes schwaches Glied in der Kette der Klagededuktion genügt, um sie zum Zerreißen zu bringen.

Ganz abgesehen von diesen Ueberlegungen führt der Gang des Verfahrens in unsere ZPO rein prozesstechnisch zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Beklagten. Dem rücksichtslosen Beklagten — Prozesse werden meistens rücksichtslos geführt — bieten sich verschiedene Möglichkeiten die Institutionen der ZPO zum offenbaren Nachteil des Klägers zu missbrauchen:

1. Es ist einleuchtend, dass meistens nur die beklagte Partei an der Verzögerung und Verschleppung eines Prozesses interessiert ist. Für derartige Manöver scheint nun das Einredeverfahren der ZPO wie geschaffen, obschon dessen Zweck ja gerade im Gegenteil darin bestehen sollte, das Verfahren zu vereinfachen und abzukürzen. Der Beklagte, der den Prozess auf die lange Bank zu schieben wünscht, erhebt zuerst auf alle Fälle einige Einreden und sucht deren getrennte Verhandlung zu erwirken. Man wird hier einwenden, der Gerichtspräsident habe eben gemäss § 106 ZPO diese Möglichkeit zu berücksichtigen und deshalb in solchen Fällen die gemeinsame Verhandlung mit der Hauptsache anzuordnen. Demgegenüber ist festzuhalten, dass der Gerichtspräsident seine Verfügung nur auf Grund der einseitigen Einredebehauptung des Beklagten erlassen muss, ohne Vernehmung des Klägers. Es würde nun nicht gerade für die besondere Geschicklichkeit eines Beklagten sprechen, wenn man seinen Einredebehauptungen von vornherein die Unrichtigkeit ansähe: denn nach der Gerichtspraxis sollen ja die prozesshindernden Einreden und die Einrede der fehlenden Legitimation nur dann gemeinsam mit der Hauptsache verhandelt werden, wenn sie „offensichtlich unbegründet“ sind¹⁾.

Es dürfte daher für einen Beklagten nicht allzu schwierig sein, ein separates Einredevorfahren zu erzwingen und damit einen Prozess ganz gehörig in die Länge zu ziehen.

2. Durch die Einführung des zweimaligen Rechtsschriftenwechsels nach § 103 ZPO wurde die Eventualmaxime wesentlich abgeschwächt. Das Einredevorfahren, welches ganz auf die vorher bestehende Ordnung zugeschnitten ist, wurde jedoch unverändert beibehalten. Daraus ergibt sich dann das schon dargestellte, widerspruchsvolle Resultat, dass der Kläger bei separater Behandlung der Einreden keine Möglichkeit mehr besitzt, sein Klagefundament zu ergänzen²⁾. Der Kläger muss daher bei Einreichung der Klage stets befürchten, von weiteren Anbringen zur Begründung seiner Klagebegehren ausgeschlossen zu werden.
3. Im Gegensatz dazu kann es sich der Beklagte leisten, in der Hauptsache seine wirkungsvollsten materiellen Verteidigungsgründe für die Duplik aufzusparen, ohne damit ein Risiko einzugehen. Immerhin muss er beim Ausarbeiten der Antwort darauf achten, den Kläger unter allen Umständen zu einer Replik zwingen zu können; denn wenn dieser auf die Replik verzichtet, so besitzt der Beklagte kein Recht mehr zur Duplik. Dies dürfte jedoch für den Beklagten unschwer zu erreichen sein, da ja der Kläger selbst unwahre Antwortbehauptungen des Beklagten mit Hilfe der Replik bestreiten muss, ansonst sie vom Gericht als wahr angesehen werden (§ 109 ZPO). Ein solches, allerdings nicht gerade faires Vorgehen bietet dem Beklagten den grossen Vorteil, dass der Kläger bis zum Schluss der Prozesseinleitung über die wirklichen Verteidigungsmittel im Unklaren gelassen wird. Und bekanntlich kann der Kläger nach

1) Vgl. S. 19 und RB 1929 Nr. 16. Wir haben hier ein Beispiel für die in der Einleitung aufgestellte Behauptung, dass durch unzumutbare Gesetzesrevision und extensive Gerichtspraxis die ZPO von 1839 verschlechtert wurde. Die Reinert'sche ZPO gab dem Richter nur die Wegleitung, durch die Verfügung über die Einrede dürfe der Prozess einerseits nicht verschleppt, andererseits nicht unnötig kompliziert werden. Daran fügte die Reform von 1891 die Bestimmung, die Bestreitung des Gerichtsstandes und die Rüge der Aktiv- und Passivlegitimation seien „in der Regel“ von der Hauptsache zu trennen. Das Obergericht seinerseits erklärte diese Bestimmung auf alle prozesshindernden Einreden anwendbar, wodurch dem Instruktionsrichter die dringend erwünschte Entscheidungsfreiheit beinahe vollständig genommen wurde.

2) Nähere Ausführungen darüber S. 15/16.

der Duplik keine tatbeständlichen Anbringen mehr machen, sondern er besitzt nur noch die Möglichkeit der Gegenbeweisein-gabe.

Diese hier angestellten Ueberlegungen zeigen deutlich, dass der starre zweimalige Rechtsschriftenwechsel in seiner heutigen Ausgestaltung nicht befriedigen kann und kein taugliches Mittel gegen die Härten der Eventualmaxime darstellt.

B. Die prozesshindernden Einreden und die Lehre von den Prozessvoraussetzungen.

I. Wir haben schon in verschiedenen Zusammenhängen festgestellt, dass der Solothurnische Richter nur die sachliche Zuständigkeit und die Vorschriften über das Erscheinen vor dem Friedensrichter ex officio zu untersuchen hat. Der Beklagte muss sämtliche übrigen prozessualen Mängel selbst vorbringen, wenn er deren Ueberprüfung wünscht. Mit Ausnahme der zwei erwähnten Punkte gilt daher auch für die prozesshindernden Einreden die strenge Verhandlungsmaxime. Demgegenüber bestimmen neuere Prozessordnungen durchwegs, dass das Gericht die prozessualen Erfordernisse von Amtes wegen zu überprüfen hat (z.B. Art. 191 ff. bern. ZPO). Dieser Auffassung folgt auch der Entwurf zu der neuen Solothurnischen ZPO in § 61. In der Diskussion um die neue ZPO wird jedoch die vorgesehene Lösung vielfach kritisiert und entschieden abgelehnt mit der Begründung, eine solche Regelung bedeute einen ungerechtfertigten Schritt zum Offizialprozess. Um diesen irrigen Ansichten zu begegnen, dürfte es richtig sein, die historische Entwicklung und die theoretischen Grundlagen dieser Fragen hier kurz zu streifen. Denn grundsätzlich ist dieses Problem von der Wissenschaft längst entschieden worden.

II. Der im Solothurnischen Prozessrecht heute noch verwendete Begriff der prozesshindernden Einreden beruht auf gemeinrechtlichen Ansichten. Das gemeine Recht seinerseits hat diese Auffassung über die Natur der Prozesseinreden auf Grund einer jahrhundertealten Entwicklung aus dem Römischen Recht hergeleitet¹⁾. Bis in die Mitte des letzten Jahrhunderts herrschte unbestritten die Ansicht, schon im Römischen Zivilprozess habe es Prozesseinreden gegeben, „und zwar in der Form echter, der formula einzufügigen-

¹⁾ Bülow, die Lehre von den Prozesseinreden, S. 18 ff.

der und erst in *judicio* zu untersuchender *exceptiones*²⁾. Dieser Schluss wurde aus verschiedenen *Digestenstellen* gezogen, auf die wir hier jedoch nicht näher eingehen wollen. Bis in die heutige Zeit hinein hat dann diese Anschauung allgemein in den Zivilprozessordnungen ihren Niederschlag gefunden. Demnach musste der Beklagte selbst rechtzeitig die prozesshindernden Einreden vorbringen und ihr Vorhandensein beweisen, wenn sie geprüft und beurteilt werden sollten. Falls der Beklagte es unterliess, so hatte sich der Richter überhaupt nicht damit zu befassen, und der materiellen Beurteilung der Streitsache stand nichts entgegen. Dem entspricht in den grossen Zügen auch die Regelung der Solothurnischen ZPO, wie wir sie soeben kennen gelernt haben.

III. Im Jahre 1868 erschien nun das Buch von Oskar Bülow: „Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen“, in dem diese bei uns heute noch geltende Lösung einer vernichtenden Kritik unterzogen wird. In genauer, umfangreicher Untersuchung der fraglichen *Digestenstellen* wies Bülow eindeutig die Unrichtigkeit der bisherigen Interpretation nach. Er kam zum Schluss, dass die *exceptiones* des Römischen Rechts sich ausschliesslich gegen das materielle Streitverhältnis richteten und keineswegs gegen die Zulässigkeit des Prozesses selbst. (S. 258).

Bülow beschränkte sich aber nicht nur darauf, die Auffassung vom römischrechtlichen Ursprung der Prozesseinreden zu widerlegen, sondern er kritisierte und zerzauste die herrschende Lehre über die Prozesseinreden überhaupt. Er stellte fest, dass es sich dabei „um einen von Grund aus falschen und kranken Begriff handelt, der die wichtigsten Teile des Zivilprozessrechtes verdeckt und an jeder gesunden Entwicklung verhindert“ (S. 16).

Nach Bülow werden durch den Prozess Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und dem Gericht begründet, die er als Prozessrechtsverhältnis bezeichnet (S. 1 ff.). Nur wenn bestimmte prozessuale Voraussetzungen erfüllt sind, kann dieses Prozessrechtsverhältnis zustandekommen. Das Prozessrechtsverhältnis seinerseits ist wiederum Voraussetzung dafür, dass das Gericht den Rechtsstreit materiell überhaupt beurteilen darf. Solange ein für das Prozessrechtsverhältnis wesentliches Erfordernis fehlt, ist das Gericht gar nicht in der Lage, ein Sachurteil zu fällen. Diese prozessualen Erfordernisse bezeichnet Bülow als *Prozessvoraussetz-*

²⁾ Bülow, a.a.O. S. 26.

ungen (S. 5 ff.); inhaltlich entsprechen sie vollständig den bisherigen prozesshindernden Einreden, sodass wir lediglich auf deren oben (Seite 16) dargestellte Gruppierung verweisen können.

Als wichtigste praktische Konsequenz zieht Bülow aus seiner Lehre den notwendigen Schluss, dass die Prozessvoraussetzungen vom Richter von Amtes wegen zu prüfen seien. Entsprechend ihrer Natur als Bedingungen des Prozessrechtsverhältnisses zwischen den Parteien und dem Gericht darf ihre Untersuchung durch den Richter nicht mehr davon abhängig sein, ob der Beklagte einen derartigen Mangel geltend macht (S. 303).

Es wäre nun aber unrichtig, wenn man daraus für den Richter die Pflicht ableiten würde, von vornherein über jede einzelne Prozessvoraussetzung eine genaue Untersuchung durchführen zu müssen. Das Gericht hat sich „an dasjenige zu halten, was ihm die Parteien vortragen, es hat aber an dieses ihm vorliegende Material aus eigenem Antrieb den Masstab des Prozessrechtes anzulegen und zu prüfen, ob der Kläger den zur Erzeugung des Prozessrechtsverhältnisses nötigen Erfordernissen nachgekommen ist“ (S. 304).

IV. Das für die damaligen prozessrechtlichen Ansichten geradezu revolutionär wirkende Werk Bülows hat grundsätzlich in der Wissenschaft volle Zustimmung gefunden. Die Bedeutung der Prozessvoraussetzungen wurde als richtig anerkannt, und der Begriff der prozesshindernden Einreden ist seither aus der Theorie verschwunden.

Diese wissenschaftliche Erkenntnis hat sich leider in der Gesetzgebung zu einem grossen Teil bis heute noch nicht ausgewirkt, obwohl sich gerade in der Schweiz Andreas Heusler nachdrücklich dafür eingesetzt hat³⁾. So gibt es verschiedene kantonale Prozessordnungen, die in dieser Frage noch wesentlich kompliziertere Lösungen zeigen als unsere ZPO⁴⁾. Es muss hier betont werden, dass die ursprüngliche Lösung des Gesetzgebers Reinert — obschon natürlich auch sie auf der Prozesseinredentheorie basiert — eine für die damalige Zeit geradezu geniale Klarheit aufweist, die dann leider grösstenteils durch die unglückliche Erweiterung des § 106 ZPO und die bereits kritisierte Gerichtspraxis wieder verloren ging.

³⁾ Andreas Heusler, das Zivilprozessrecht der Schweiz, S. 82 ff.

⁴⁾ Etter, der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im Schweizerischen Zivilprozessrecht, S. 25 ff.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Bülow's Begriffe des Prozessrechtsverhältnisses und der Prozessvoraussetzungen in der Folge Gegenstand eingehender kritischer Untersuchungen wurden⁵⁾. Ferner wurden Bedenken rein terminologischer Art gegen die Bezeichnung „Prozessvoraussetzungen“ geäußert mit der Begründung, ihre Existenz sei nicht für den Prozess als solchen Bedingung; denn das Fehlen der Prozessvoraussetzungen müsse doch vom Gericht ebenfalls in den Formen des Prozessverfahrens festgestellt werden. Diesem Gedanken entsprechend schlug man u.a. die Bezeichnungen „Sachentscheidungs-voraussetzungen“ und „Sachurteilsvoraussetzungen“ vor. Wahrscheinlich hat sich indessen heute doch der Ausdruck Prozessvoraussetzungen überwiegend eingebürgert⁶⁾.

⁵⁾ z.B. Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 247 ff. und S. 395 ff.

⁶⁾ Eine klare und knappe Uebersicht über die verschiedenen, oft recht gegensätzlichen Theorien der Gelehrten über die Natur des Prozessrechtsverhältnisses und „die Prozesseinreden im Luzerner Zivilprozessrecht“ bei Troller in ZSR, NF, Bd. 64 S. 64 ff.

II. Teil:

Die Verteidigung nach dem Entwurf zu einer neuen ZPO.

Unsere Untersuchungen betreffen nur einen beschränkten Ausschnitt aus dem gesamten Prozessverfahren. Trotzdem dürften die bisherigen Ausführungen zur Genüge zeigen, dass die Notwendigkeit einer durchgreifenden Prozessreform kaum bestritten werden kann. Grundsätzlich stand man vor der Wahl zwischen der Revision unserer alten ZPO und der Ausarbeitung eines absolut neuen Entwurfes. Die Expertenkommission entschied sich wohl richtigerweise für den zweiten Weg. Der vorliegende Entwurf bricht mit der bisherigen Tradition der Reinert'schen ZPO nahezu vollständig.

Bei der Besprechung des Entwurfes wählen wir wiederum das schon im ersten Teile befolgte Vorgehen, indem wir zuerst als Ueberblick die Maximen darstellen und anschliessend die Einzelfragen der Verteidigung untersuchen.

§ 6. Die Maximen des Entwurfes zur neuen ZPO.

A. Verhandlungs- oder Offizialprinzip?

I. Aus den Ausführungen in § 5 geht hervor, dass das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen aus theoretischen Gründen unter allen Umständen von Amtes wegen geprüft werden sollte. Dieser Forderung entspricht der Entwurf in vollem Umfange (§ 61 EZPO). Damit erfährt eine schon längst gewonnene wissenschaftliche Erkenntnis endlich ihre praktische Berücksichtigung.

II. Selbstverständlich besitzen auch nach dem Entwurf die Parteien im ordentlichen Verfahren ihre volle Verfügungsfreiheit über den Prozessgegenstand, soweit sie diese nach materiellem Recht besitzen: sie können unter dieser Voraussetzung jederzeit einen Vergleich schliessen oder sich den Begehren des Gegners unterziehen und damit den Prozess beenden.

Die Parteien allein bestimmen ferner den Umfang der richterlichen Entscheidung. Das Gericht darf einer Partei nicht mehr oder

anderes zusprechen, als sie im Rechtsbegehren verlangt, aber auch nicht weniger, als der Gegner verlangt hat (§ 261 EZPO).

III. Wie bisher bleibt die Beschaffung der Urteilsgrundlagen eine Aufgabe der Parteien¹⁾; sie sollen die zur Begründung ihrer Rechtsbegehren dienenden Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen (§ 162 EZPO). Im Gegensatz zur geltenden ZPO, in der die Parteien vollständig auf sich selbst angewiesen sind, sieht der Entwurf die Möglichkeit des Instruktionsrichters vor, bei der Sammlung des Prozesstoffes mitzuwirken. Es steht dem Richter „in jedem Stadium des Verfahrens die Befugnis zu, von Amtes wegen die Parteien zur Ergänzung, Abklärung oder wahrheitsgetreuen Feststellung des Tatbestandes einzunehmen“ (§ 60 Abs. 4 EZPO).

Wie ich feststellen konnte, wird in der Diskussion über den Entwurf die Tragweite der soeben zitierten Bestimmung vielfach falsch interpretiert. So wird von praktizierenden Juristen behauptet, der Entwurf gebe dem Richter eine unbeschränkte Inquisitionsbefugnis gegenüber den Parteien und bringe damit den Officialprozess. Demgegenüber ist festzuhalten, dass der Richter kein freies Nachforschungsrecht besitzt, wie dies etwa nach den speziellen Bestimmungen des Untersuchungsverfahrens der Fall ist (§ 273 EZPO). Er darf den vorgelegten Tatbestand nur durch Befragung der Parteien ergänzen. Eine anderweitige Sammlung des Prozesstoffes durch den Richter wäre absolut unzulässig.

Bei dieser Parteieinvernahme nach § 60 Abs. 4 EZPO steht es den Parteien vollständig frei, ob und wie weit sie die Fragen des Richters beantworten wollen; dieser besitzt keine Möglichkeit, gegen eine Weigerung irgendwelche Sanktionen zu ergreifen. Eine Ergänzung des Tatbestandes gegen den Willen der Parteien ist daher ausgeschlossen. Somit bleibt der wesentliche Grundsatz der Verhandlungsmaxime erhalten, dass das Gericht seinem Urteil nur solche Tatsachen zu Grunde legen darf, die von den Parteien selbst im Prozesse vorgebracht worden sind.

Es sei hier noch auf eine notwendige Unterscheidung hingewiesen. Die soeben behandelte Einvernahme der Parteien durch den Richter ist scharf auseinanderzuhalten von zwei weiteren Institutionen des Entwurfes, die rein äusserlich miteinander verwechselt

¹⁾ Vgl. zu den folgenden Ausführungen Leuch, Art. 89 N. 1.

werden können: dem Parteiverhör und der Beweisaussage nach §§ 188 und 194 EZPO, die ausschliesslich als Beweismittel für bereits vorgebrachte Behauptungen dienen. Es wäre daher in keiner Weise zulässig, wenn der Instruktionsrichter diese beiden Einrichtungen und die damit verbundenen Strafandrohungen dazu verwenden wollte, die Parteien zur Ergänzung des Tatbestandes zu zwingen.

Wesentlich weiter geht die Befugnis des Instruktionsrichters in der selbständigen Heranziehung von Beweismitteln. Nach § 186 Abs. 2 EZPO kann der Richter Beweismittel herbeischaffen, die von den Parteien nicht angerufen sind. Auch diese Bestimmung darf nicht dazu verwendet werden, die tatbeständlichen Grundlagen des Prozesses gegen den Willen der Parteien in unzulässiger Weise zu erweitern. Der Richter kann von sich aus nur solche Beweismittel heranziehen, die sich auf die von den Parteien behauptete Sachdarstellung beziehen. Eine weitere Schranke besteht darin, dass ein Beweis nur über erhebliche und bestrittene Tatsachen abzunehmen ist (§ 184 EZPO); denn der Entwurf hat auch die Annahme der formellen Wahrheit zugestandener oder unbestrittener Behauptung übernommen.

Diese Ausführungen zeigen, dass die Verhandlungsmaxime in bestimmten Punkten tatsächlich eine gewisse Einschränkung erfahren hat. Auf dem Gebiete der Tatbestandsermittlung wurde jedoch sorgfältig eine weitgehende und unerwünschte Intervention des Instruktionsrichters vermieden. Es bedeutet daher nicht nur eine starke Uebertreibung, sondern grobe Unkenntnis, wenn behauptet wird, im Entwurf sei auch das ordentliche Verfahren von der Offizialmaxime beherrscht.

IV. Der Entwurf selbst gibt keine Wegleitung an den Richter, wie weit er von seinen Befugnissen der Parteieinvernahme und der Beweismittelergänzung Gebrauch machen soll. Das bedeutet natürlich nun nicht, dass es damit dem Belieben des Richters überlassen wird, ob er sich selbst bei der Sammlung des Prozesstoffes beteiligen will, oder ob er sich wie bisher nur auf die formelle Prozessleitung beschränkt. Massgebend für den Richter ist der Zweck der ganzen Vorschrift: sie soll nach Möglichkeit verhindern, dass das Gericht auf Grund unvollständiger und unklarer Parteivorbringen ein nur formell korrektes Urteil fällen muss, dessen materielle Unrichtigkeit jedoch von vornherein feststeht. Denn „die scharfsinnigste und beste rechtliche Beurteilung kann den Rechtsschutz-

zweck nicht erreichen, wenn sie sich auf einen unwahren Sachverhalt bezieht²⁾). Unter derartigen Voraussetzungen besitzt der Richter nicht nur das Recht, sondern die Pflicht, durch Befragung der Parteien die Prozessgrundlagen klarzustellen und zu ergänzen, um dadurch eine Beurteilung des Rechtsstreites zu ermöglichen, die auch dem tatsächlichen Sachverhalt entspricht³⁾). Der gleiche Gedanke hat den Richter bei selbständiger Herbeischaffung von Beweismitteln zu leiten: hier soll er diejenigen Beweismittel heranziehen, die nach seiner Auffassung „die wahrheitsgetreue Feststellung des Tatbestandes“ ermöglichen.

Diese materielle Prozessleitungsbefugnis des Richters darf selbstverständlich nicht dazu führen, dass ihm von den Parteien die Aufgabe der Tatbestandsermittlung überlassen wird. Der Sinn dieser Ordnung besteht nicht darin, dem Richter die Verantwortung für die Nachlässigkeit und Bequemlichkeit der Parteien aufzubürden⁴⁾). Sondern „der Richter ist durch das Parteiverhalten niemals in die unwürdige Lage zu bringen, dass er gezwungen wäre, unmögliche oder offenkundig unwahre Tatsachen als möglich oder wahr zu behandeln oder offenkundig wahre Tatsachen zu unterdrücken“⁵⁾).

B. Die Eventualmaxime.

I. Nach dem Entwurf gliedert sich das gesamte Verfahren in die Stadien des Aussöhnungsverfahrens, der Prozesseinleitung, des Beweisverfahrens (Beweisverfügung und Beweisabnahme) und des Urteilsverfahrens. Die uns interessierende Sammlung des Prozessstoffes erfolgt in der Prozesseinleitung; „die Parteien sollen sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel auf einmal vorbringen“ (§ 162 Abs. 1 EZPO). Dieser Grundsatz erfährt indessen sofort weitgehende Ausnahmen. Die nachträgliche Ergänzung der Tatsachen und Beweismittel bis zu den Parteivorträgen in der Hauptverhandlung ist unter jeder der folgenden drei Voraussetzungen zulässig (§ 162 Abs. 2 EZPO):

1. wenn die Partei dazu vorher nicht in der Lage war,
2. wenn die Verspätung sonst entschuldbar ist,

²⁾ Hellwig, System des Zivilprozessrechts, S. 415, Anm. 24.

³⁾ Leuch, Art. 89 N. 1.

⁴⁾ Leuch, Art. 89 N. 1.

⁵⁾ Hellwig, a.a.O. S. 407.

3. wenn der Richter das Vorbringen von Amtes wegen berücksichtigt. In diesem Falle hat die betreffende Partei die durch die Verspätung entstehenden Mehrkosten zu tragen.

II. Diese Bedingungen, unter denen nachträgliche Vorbringen geltend gemacht werden können, betreffen nicht die Prozessvoraussetzungen. Zwar stellen auch sie Verteidigungsmittel dar, wenn der Beklagte sich auf einen derartigen Mangel beruft, und er soll sie daher auch „auf einmal“ mit den übrigen Anbringen erheben. Doch bedeutet dies für die Prozessvoraussetzungen mehr eine Ordnungsvorschrift. Von einzelnen Ausnahmen abgesehen, kann der Richter jederzeit bis zur Fällung des Urteils zu ihrer Ueberprüfung veranlasst werden, da er ihr Vorhandensein ohnehin von Amtes wegen untersuchen soll.

III. Nur die erste der drei Voraussetzungen, welche eine Durchbrechung der Eventualmaxime zulassen, ist genau umschrieben und daher im konkreten Falle objektiv feststellbar: wenn eine Partei ihre Anbringen nicht vorher machen konnte. Dieser Fall liegt in erster Linie vor, wenn der betreffenden Partei die fraglichen Tatsachen und Beweismittel bisher unbekannt waren. Ferner gehören dazu die erst im Laufe des Verfahrens eingetretenen Tatsachen. Im Gegensatz zum geltenden Recht erfolgt nämlich nach dem Entwurf die Beurteilung des Rechtsstreites auf Grund der Sachlage, wie sie sich zur Zeit des Abspruches ergibt. Daher können die Parteien nachträgliche Veränderungen des Tatbestandes noch bis zum Urteil geltend machen.

Die zweite Voraussetzung, unter welcher der Entwurf nachträgliche Anbringen ermöglicht, beruht weitgehend und die dritte vollständig auf dem richterlichen Ermessen. Aber auch hier ist dieses richterliche Ermessen nicht so aufzufassen, dass es dem rein persönlichen Gutfinden des Richters überlassen sein soll, ob und wie weit er nova berücksichtigen will. Der innere Zusammenhang mit den bereits behandelten Durchbrechungen der Verhandlungsmaxime ist offenbar: ihr Ziel besteht ebenfalls darin, ein dem wirklichen Sachverhalt entsprechendes Urteil zu gewährleisten. Deshalb muss der vom Gericht angenommene Tatbestand möglichst mit dem tatsächlichen Ablauf der Ereignisse übereinstimmen. Der Richter wird daher dem Sinn der neuen ZPO nur dann gerecht, wenn er neue, für das Urteil wesentliche Anbringen der Parteien weitgehend zulässt.

Es ist nun allerdings zu erwarten, dass von den Parteien öfters der Versuch gemacht wird, diese Möglichkeit nachträglicher Vor-

bringen zu Trölereien und anderen taktischen Manövern zu missbrauchen. Solche Machenschaften wird der Instruktionsrichter scharf bekämpfen müssen. Dabei scheint mir aber die konsequente Anwendung der in § 71 EZPO vorgesehenen Sanktionen (Verweise und Trölerbusse) empfehlenswerter, weil sie dem Sinne der ZPO eher entspricht, als eine zurückhaltende Praxis in der Entgegennahme von nova.

C. Die Schriftlichkeit.

Wo das Gesetz keine Ausnahme vorsieht, gilt das schriftliche Verfahren (§ 161 EZPO). Die abschliessend dem Einzelrichter zur Beurteilung zufallenden Streitsachen werden im mündlichen Verfahren behandelt. Der Richter kann jedoch von sich aus oder auf Parteiantrag hin das schriftliche Verfahren anordnen, wenn die Streitsache es gebietet (§ 265 Abs. 1 EZPO). Ferner kann das mündliche Verfahren in Prozessen angewendet werden, die in die endgültige Kompetenz des Amtsgerichtes fallen, wenn der Gerichtspräsident es für geboten hält (§ 265 Abs. 2 EZPO). Damit kann der Gerichtspräsident selbst gegen den Willen der Parteien die Schriftlichkeit oder Mündlichkeit zur Durchführung bringen, während in der geltenden ZPO gerade umgekehrt die Parteien allein die Art des Verfahrens bestimmen.

§ 7. Die Prozessvoraussetzungen.

A. Die Prüfung der Prozessvoraussetzungen.

I. Die oben in § 5 B dargestellte Lehre von den Prozessvoraussetzungen hat, wie dies zu erwarten war, im Entwurf volle Berücksichtigung gefunden. Lehrsatzmässig stellt § 61 Abs. 1 EZPO fest: „Der Richter prüft von Amtes wegen die Zulässigkeit der Klage und der weiteren Prozesshandlungen der Parteien“. Nach dem Entwurf gilt also für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen die volle *Offizialmaxime*; der Richter ist nicht mehr an einen entsprechenden Parteiantrag gebunden. Damit wird der veraltete Begriff der prozesshindernden Einreden, der die geltende ZPO noch beherrscht, endlich ausgemerzt.

Wie Bülow schon betonte, bedeutet dies nun nicht, dass der Richter von vorneherein die Erfüllung jeder einzelnen Prozessvoraussetzung zu untersuchen hat. Das Gericht wird im allgemeinen

von seinem Prüfungsrecht erst dann Gebrauch machen, wenn gewisse Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Fehlen von Prozessvoraussetzungen hinweisen, oder wenn sonst Zweifel darüber auftauchen.

II. Die weiteren Vorschriften des Entwurfes über das bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen einzuschlagende Verfahren sind sehr knapp, um nicht zu sagen lückenhaft. Wir werden daher teilweise bei unseren weiteren Ausführungen andere Prozessordnungen zur Ergänzung heranziehen müssen.

Da für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen das volle Officialprinzip gilt, kann der Richter zur Feststellung der betreffenden Verhältnisse alle ihm gutscheinenden Massnahmen treffen, ohne an die Anbringen und Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein. Das will nun aber nicht heissen, dass sich die Parteien an der Sammlung des die Prozessvoraussetzungen betreffenden Stoffes überhaupt nicht zu beteiligen brauchen. Vor allem befreit diese Prüfung von Amtes wegen die Parteien nicht von der Beweislast und bedeutet keineswegs, dass der Richter die Beweise selbst herbeischaffen muss. Auch die Beweislast über die Prozessvoraussetzungen liegt bei den Parteien: beim Kläger, wenn es sich um positive (z.B. sachliche und örtliche Zuständigkeit), beim Beklagten, wenn es sich um negative Prozessvoraussetzungen (z.B. *res iudicata*) handelt¹⁾.

III. Sofern daher der Instruktionsrichter glaubt, dass die Klage hinsichtlich der Prozessvoraussetzungen Mängel aufweist, so lässt er sie trotzdem gemäss § 169 EZPO dem Beklagten zustellen. Wenn ein derartiger Fehler ernsthaft in Frage kommt, wird er von der Befugnis des § 174 EZPO Gebrauch machen und die Antwort des Beklagten auf die Prozessvoraussetzungen beschränken. Der Beklagte hat sich alsdann nur zur Frage der Prozessvoraussetzungen zu äussern; damit bleibt der gesamte materiellrechtliche Fragenkomplex unberücksichtigt und das Verfahren bezweckt vorerst nur die Abklärung der formellen Seite des Prozesses. Auf diese Weise soll eine unnötige Sammlung überflüssigen Prozesstoffes vermieden werden.

Es ist sehr gut möglich, dass der Instruktionsrichter bei der Prüfung der Klage das Fehlen einer Prozessvoraussetzung übersieht oder dass ein derartiger Mangel aus der Klage selbst gar nicht

¹⁾ Leuch, Art. 193 N. 1.

ersichtlich ist. Der Richter wird in diesem Falle dem Beklagten die Klage zustellen, ohne die Antwort auf die Prozessvoraussetzungen zu beschränken. Wenn der Beklagte sich nun auf einen solchen Fehler berufen will, so hat er einen entsprechenden Einwand ausdrücklich zu erheben. Dabei stehen ihm zwei Möglichkeiten des Vorgehens offen: er kann den Mangel einer Prozessvoraussetzung in der Antwort zugleich mit Anbringen zur Hauptsache geltend machen, d.h. er kann die formelle und die materielle Verteidigung miteinander verbinden. Wenn der Beklagte jedoch die Verteidigung nur auf die Prozessvoraussetzungen beschränken möchte, so hat er ein entsprechendes Gesuch beim Instruktionsrichter einzureichen (§§ 178 und 174 EZPO). In diesem Gesuch ist der ganze Rest der früheren Einlassungsverweigerung enthalten. Um Trölereien zu vermeiden, wird der Instruktionsrichter einem solchen Antrag nur dann zustimmen, wenn der Beklagte ganz bestimmte formelle Mängel glaubhaft machen kann²⁾. Beschränkt der Beklagte seine Antwort jedoch von sich aus auf die Prozessvoraussetzungen, ohne die Bewilligung des Gerichtspräsidenten einzuholen, so setzt er sich hinsichtlich der materiellen Verteidigung den Säumnisfolgen des § 116 EZPO aus. Er kann dieses Vorgehen wählen, ohne einen Nachteil befürchten zu müssen, wenn die Klage auf Grund des formellen Fehlers ohnehin mit Sicherheit zurückgewiesen werden muss³⁾. Bei Beschränkung der Antwort auf die Prozessvoraussetzungen durch den Instruktionsrichter entspricht das Ziel des Verfahrens im Prinzip offensichtlich dem des Einredeprozesses der geltenden ZPO, sofern er nur prozesshindernde Einreden zum Gegenstand hat. In beiden Fällen soll vorerst abgeklärt werden, ob die formellen Bedingungen für eine materielle Beurteilung des Rechtsstreites gegeben sind. Der allerdings beträchtliche Unterschied liegt in der technischen Ausgestaltung des Verfahrens.

IV. Wie wir bereits festgestellt haben, kann der Beklagte im allgemeinen jederzeit während des Verfahrens das Fehlen von Prozessvoraussetzungen geltend machen, ohne dass er die Verwirkung seiner Anbringen riskieren muss. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen geltenden Offizialmaxime. Deshalb kommt einem Vorbringen des Beklagten, worin dieser den Mangel einer Prozessvoraussetzung behauptet, eher nur

²⁾ Leuch, Art. 169 N. 2.

³⁾ siehe Anm. 2.

„der Charakter einer Parteienregung zur richterlichen Ueberprüfung“ zu⁴⁾. Es bedeutet daher zum mindesten eine Stilwidrigkeit, wenn in § 178 EZPO für die Rüge der fehlenden Prozessvoraussetzungen durch den Beklagten als Marginale die Bezeichnung „Einrede“ verwendet wird. Denn „unter Einrede ist ein subjektives Recht des Beklagten zu verstehen, das er zu seiner Verteidigung verwenden kann. Ein solches Recht muss vom Berechtigten ausgeübt werden, um für die gerichtliche Entscheidung in Betracht zu fallen“⁵⁾.

Eine Ausnahme stellt die Rüge der örtlichen Zuständigkeit dar; denn wenn sich der Beklagte stillschweigend auf eine vor dem örtlich unzuständigen Richter angebrachte Klage einlässt, so wird dadurch die Zuständigkeit begründet (§ 24 EZPO).

V. Der Entwurf enthält keine Bestimmung darüber, wer schlussendlich den Entscheid über die Prozessvoraussetzungen zu treffen hat: der Instruktionsrichter oder das für die Beurteilung der Hauptsache zuständige Gesamtgericht. Zwar besagt § 253 EZPO, das Gericht könne einzelne oder mehrere Fragen des Streitverhältnisses vorweg beurteilen, sofern durch den Entscheid über solche Fragen das Verfahren abgeschlossen werde. Diese Bestimmung kann sich nun aber nicht auf die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen beziehen, denn sie sind sicher keine „Fragen des Streitverhältnisses“, sondern des Prozessverhältnisses.

Umgekehrt könnte aus dem Wortlaut des § 61 EZPO der gegenteilige Schluss gezogen werden. Hier heisst es nämlich, „der Richter prüft von Amtes wegen die Zulässigkeit der Klage . . .“. Nach allgemeinem Sprachgebrauch geht nun der Sinn des Begriffes „prüfen“ entschieden über die Bedeutung der blossen Tatbestandsermittlung, des reinen Untersuchens hinaus; prüfen bedeutet gleichzeitig auch werten, entscheiden.

Nicht anders verhält es sich in der juristischen Terminologie⁶⁾. Daraus konnte man die Folgerung ziehen, dass der Instruktions-

⁴⁾ Matti, Zivilprozessrecht, S. 1083.

⁵⁾ Guldener, S. 112 Anm. 1.

⁶⁾ Vgl. dazu Leuch, Art. 191 N. 3: „Von richterlicher Prüfung von Amtes wegen spricht man in zweierlei Sinn; bald als Prüfung bloss der rechtlichen Seite des nach den Regeln der Verhandlungsmaxime festgestellten Tatbestandes (Rechtsanwendung . . .), bald als Prüfung im Sinne der Officialmaxime, die sich auf den Tatbestand und die Rechtsanwendung erstreckt.“

richter die Befugnis zur selbständigen Beurteilung der Prozessvoraussetzungen besitzt, diese Fragen also nicht dem Gesamtgericht unterbreitet werden müssen. Dieses Resultat würde aber im Widerspruch zu den Lösungen anderer neuerer Prozessordnungen und der allgemeinen Prozesslehre stehen, welche durchwegs bestimmen, dass das Fehlen einer Prozessvoraussetzung durch Prozessurteil festzustellen ist, der Entscheid also dem Gesamtgericht übertragen ist⁷⁾. Man wird nun nicht annehmen dürfen, dass der Entwurf in dieser Frage neue eigene Wege gehen wollte, die sich übrigens kaum rechtfertigen liessen. Eine solche abweichende Lösung hätte dann wohl auch eine schärfere Formulierung erfahren. Es dürfte daher richtig sein, die Fassung des § 61 EZPO als sprachliche Ungenauigkeit hinzunehmen. Entsprechend der allgemein geltenden Auffassung wird diese Lücke im Entwurf dahingehend auszufüllen sein, dass auch hier die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen dem für die Hauptsache zuständigen Gesamtgericht überlassen bleibt und nicht durch eine Verfügung des Instruktionsrichters erfolgen kann.

Die hier dargestellte Lücke im Entwurf könnte noch aus einem anderen Grunde Anlass zu Missverständnissen geben. Bekanntlich sollen auch in der geltenden ZPO die Zuständigkeit und die Erfüllung des Friedensrichtervorstandes von Amtes wegen geprüft werden. Hierin entspricht also schon die heutige ZPO gewissermassen der Lehre von den Prozessvoraussetzungen. Beim Fehlen dieser Erfordernisse hat jedoch der Instruktionsrichter die Klage selbständig zurückzuweisen, ohne dass sich das Gesamtgericht damit zu befassen hat. Dieser bedeutende verfahrensmässige Unterschied sollte im Entwurf zur Vermeidung von Unsicherheiten festgehalten werden.

VI. Gelangt das Gericht zur Auffassung, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, so weist es die Klage als unzulässig und ohne Prüfung der Begründetheit zurück. Dieser Rückweisungsentscheid der ersten Instanz stellt ein Endurteil dar und ist daher gemäss § 32b EZPO appellabel. Der Grundsatz der *Offizialmaxime* gilt für die Prozessvoraussetzungen natürlich auch im Appellationsverfahren; es können daher hier immer noch neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, ohne dass die Voraussetzungen des § 162 EZPO erfüllt sind.

⁷⁾ bern. ZPO Art. 191 und 194, Guldener, S. 147: „Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, so ist die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen.“

Kommt das Gericht umgekehrt zur Ueberzeugung, die Prozessvoraussetzungen seien erfüllt, so tritt es in die materielle Verhandlung des Rechtsstreites ein. Wenn die Prozesseinleitung in der Hauptsache zufolge Beschränkung der Antwort auf die Prozessvoraussetzungen nach § 174 EZPO nicht stattgefunden hat, so ist sie nunmehr nachzuholen. Im Gegensatz zu der Rückweisung der Klage stellt die Bejahung der Prozessvoraussetzungen durch das Gericht kein Endurteil dar und ist aus diesem Grunde nicht appellabel. Ebenso wenig ist die Nichtigkeitsklage (dagegen möglich⁸⁾). Die Bejahung der Prozessvoraussetzungen durch das Gericht kann erst vermittelt der Appellation oder Nichtigkeitsklage gegen das Urteil in der Hauptsache an das Obergericht weitergezogen werden (§§ 325, 326 und 333 EZPO).

B. Der Begriff der Prozessvoraussetzungen.

I. Wir haben nunmehr zu untersuchen, was der Entwurf unter den Prozessvoraussetzungen versteht. Da wir uns mit der Begriffsbestimmung des Entwurfes eingehend auseinanderzusetzen haben, ist es angezeigt, den Wortlaut der betreffenden Gesetzesteile hier wiederzugeben:

Prüfung der Prozessvoraussetzungen. § 61. Der Richter prüft von Amtes wegen die Zulässigkeit der Klage und der weiteren Prozesshandlungen der Parteien.

Er hat ferner alle von einer Partei erhobenen prozessualen Einwände, wie zum Beispiel gegen die Zuständigkeit des Gerichts, gegen das Verfahren, gegen die Partei- oder Prozessfähigkeit, gegen die Legitimation der Parteivertreter, gegen die Intervention, gegen die Klageänderung sowie Berufung auf die Rechtshängigkeit oder rechtskräftige Beurteilung der gleichen Streitsache von Amtes wegen zu untersuchen.

Aus dem vorstehenden Gesetzestext könnte ein mit der Materie weniger vertrauter Leser zur Auffassung gelangen, es seien zwei verschiedene Prozessvoraussetzungsbegriffe zu unterscheiden: auf der einen Seite „die Zulässigkeit der Klage und der weiteren Prozesshandlungen der Parteien“, die der Richter von sich aus zu untersuchen hat, und auf der anderen Seite „alle von einer Partei erho-

⁸⁾ Leuch, Art. 359 N. 1.

benen prozessualen Einwände“, die dann eben nur auf Parteienantrag hin zu prüfen wären. Die beiden vom Entwurf verwendeten Umschreibungen der Prozessvoraussetzungen stimmen nämlich nicht von vornherein miteinander überein. Denn auch ein „prozessualer Einwand“ kann, aber muss nicht notwendigerweise die „Unzulässigkeit der Klage“ zur Folge haben. Der Eindruck, es könnte sich hier um zwei verschiedene Prozessvoraussetzungsbegriffe handeln, wird noch verstärkt durch die Formulierung „er hat ferner . . .“ Die Gefahr einer solchen völlig falschen Interpretation besteht vor allem deshalb, weil sie weitgehend unserem bisherigen, von den prozesshindernden Einreden beherrschten Denken entsprechen würde.

Selbstverständlich würde eine solche Auslegung dem Willen des Gesetzgebers keineswegs gerecht, denn der Entwurf will gerade mit den überlebten Prozesseinreden endgültig aufräumen. Wenn man übrigens den Gesetzestext vom Gesichtspunkt der Prozessvoraussetzungslehre aus betrachtet, so ist der richtige Sinn des § 61 EZPO sofort erkennbar. In Abs. 1 kommt der allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, dass die Prozessvoraussetzungen vom Richter ex officio zu untersuchen seien, und Abs. 2 will dartun, dass der Anstoss zu einer solchen Untersuchung auch von Seiten einer Partei aus ergehen kann; gleichzeitig gibt er eine exemplifizierende Aufzählung verschiedener Mängel, welche die Prozessvoraussetzungen betreffen können. Obwohl verschiedene Formulierungen gewählt wurden, sind in beiden Fällen die Begriffe der Prozessvoraussetzungen miteinander identisch. Ein prozessualer Einwand gemäss Abs. 2 liegt infolgedessen nur dann vor, wenn er die Unzulässigkeit der betreffenden Prozessbehandlung im Sinne von Abs. 1 zur Folge hat.

II. Nach dem Entwurf sind somit die Prozessvoraussetzungen dann erfüllt, wenn „die Zulässigkeit der Klage und der übrigen Prozesshandlungen der Parteien“ gegeben ist; überdies weist eine nicht abschliessende Enumeration auf die wesentlichsten Mängel hin, welche die Prozessvoraussetzungen betreffen können. Hier stellt sich nun die Frage, welche Tragweite dem Ausdruck „Zulässigkeit“ zukommt. Muss überhaupt jeder Verstoss gegen irgendeine prozessuale Bestimmung als unzulässig im Sinne des Gesetzes bezeichnet werden und daher die Nichterfüllung einer Prozessvoraussetzung bedeuten, oder ist dieser Begriff enger zu ziehen?

Zweifellos würde man das Wesen der Prozessvoraussetzungen nicht richtig erfassen, wenn man darunter ganz allgemein die Sum-

me sämtlicher prozessualer Vorschriften verstehen wollte. Die notwendige Abgrenzung der sehr allgemein gehaltenen Umschreibung im Entwurf gibt unsere bisher schon verwendete, kurze Definition: eine bestimmte prozessuale Bedingung stellt nur dann eine Prozessvoraussetzung dar, wenn bei ihrem Fehlen das Gericht ein Sachurteil überhaupt nicht aussprechen darf. Die Zulässigkeit der Klage im Sinne des Entwurfes ist also dann vorhanden, wenn die Erfordernisse für die Ausfällung eines Sachurteils gegeben sind.

III. Aus der soeben getroffenen Abgrenzung ergeben sich verschiedene Schlussfolgerungen:

1. Beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung muss zwar die betreffende Prozesshandlung als unzulässig bezeichnet werden; andererseits bedeutet aber die Unzulässigkeit einer Prozesshandlung nicht unbedingt, dass es an einer Prozessvoraussetzung mangelt. Wenn beispielsweise eine Partei nach Schluss der Prozesseinleitung neue Anbringen geltend macht, ohne die Bedingungen des § 162 Abs. 2 EZPO zu erfüllen, so handelt es sich hier sicher um eine unzulässige Prozesshandlung, aber nicht im Sinne des § 61 EZPO. Denn das Gericht wird dadurch nicht an der Ausfällung eines Sachurteils gehindert.
2. Ausserdem müssen die Erfordernisse der ordnungsmässigen Klageerhebung von den Prozessvoraussetzungen unterschieden werden. Obwohl ein fehlerhafter Klageerhebungsakt natürlich auch als „unzulässig“ erscheint, treffen ihn nicht die gleichen Folgen, wie wenn ein Mangel in den Prozessvoraussetzungen vorliegt¹⁾. Hier sieht § 169 Abs 2 EZPO eine selbständige Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Instruktionsrichters vor, ohne dass sich das Gericht damit zu befassen hat.
3. In seiner Aufzählung erwähnt der Entwurf als Fehler in den Prozessvoraussetzungen u.a. die „prozessualen Einwände gegen das Verfahren“. Auch hier kommen selbstverständlich nur solche Einwände in Frage, welche unter die oben getroffene Umschreibung subsumiert werden können. So gehört die Wahrung der gesetzlichen Verfahrensformen durch das Gericht, wie z.B. gehörige Vorladung und Anhörung der Parteien nicht dazu und

¹⁾ Guldener, S. 147.

stellt daher keine Prozessvoraussetzung dar²⁾). Eine fehlerhafte Prozesshandlung des Gerichtes kann dieses nicht an der Ausfällung eines Sachurteils hindern, sondern das Gericht hat sie von sich aus zu verbessern und den betreffenden Fehler zu beheben. Ein Beispiel für einen Verfahrensmangel, der die Prozessvoraussetzungen betrifft, würde z.B. die Unzulässigkeit der gewählten Prozessart bedeuten. So dürfte im summarischen Verfahren kein Urteil über eine Streitsache gefällt werden, für welche das ordentliche Verfahren vorgesehen ist³⁾).

4. Auf Grund der oben erfolgten Umschreibung können wir ferner feststellen, dass neben der Aufzählung des § 61 EZPO noch weitere Bedingungen zu den Prozessvoraussetzungen gehören. So sind beispielsweise die Zulässigkeit des Rechtsweges sowie das für die allgemeine Feststellungsklage des § 165 EZPO erforderliche „Interesse des Klägers an sofortiger Feststellung“ als Prozessvoraussetzungen zu betrachten; denn ihr Fehlen hindert das Gericht ebenfalls an der materiellen Beurteilung des Streitfalles.

IV. Der auf Grund dieser Ausführungen resultierende Prozessvoraussetzungsbegriff entspricht nun nicht restlos der heutigen theoretischen Auffassung. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass zum Begriff der Prozessvoraussetzungen noch ein weiteres, vom Entwurf nicht beachtetes Unterscheidungsmerkmal gehört. Unsere oben verwendete Definition, welche die Prozessvoraussetzungen als „die Erfordernisse für die Ausfällung eines Sachurteils“ bezeichnet, grenzt sie nur nach einer Seite ab. Auf diese Weise kommen wir zu dem nicht ganz richtigen Resultat, dass jeder prozessuale Fehler, der ein Sachurteil verhindert, die Prozessvoraussetzungen betrifft. Genau genommen gibt es nämlich noch ein Wesensmerkmal, welches den Begriff auch nach der andern Seite „eingabelt“. Dieses Charakteristikum liegt in dem Umstande, dass auch beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung gleichwohl die Rechtshängigkeit eintritt⁴⁾). Deshalb betrifft es nicht mehr die Prozessvoraussetzungen, sobald ein prozessualer Mangel derart schwer wiegt, dass die betreffende Prozesshandlung an völliger Nichtigkeit leidet und infolgedessen der Eintritt der Rechtshängigkeit verhindert wird.

²⁾ Guldener, S. 148, anders Leuch, Art. 192, N. 7.

³⁾ Guldener, S. 147 N. 10.

⁴⁾ Guldener, S. 148 u. S. 201.

Ein bestimmtes prozessuales Erfordernis stellt somit dann eine Prozessvoraussetzung dar, wenn es für die Fällung eines Sachurteils Bedingung ist, die Rechtshängigkeit aber auch bei seinem Fehlen eintritt.

Diese theoretisch einwandfreie Definition kann jedoch dem Entwurf nicht zu Grunde gelegt werden. In seiner Aufzählung bezeichnet nämlich der Entwurf ausdrücklich auch die Legitimation der Parteivertreter als Prozessvoraussetzung. Bei Einreichen der Klage durch einen unberechtigten Parteivertreter tritt aber die Rechtshängigkeit nicht ein, weil dieser gar keine Prozesshandlungen mit Wirkung für diejenige Person vornehmen kann, die er unberechtigterweise vertritt⁵⁾. Die Prozesshandlungen des falsus procurator leiden von Anfang an an völliger Nichtigkeit; sie können allerdings nachträglich noch voll wirksam werden, wenn die Partei, in deren Namen die Prozesshandlung vorgenommen wurde, die Genehmigung erteilt⁶⁾.

V. Abschliessend können wir feststellen, dass der Entwurf prinzipiell richtig auf dem Boden der Prozessvoraussetzungen steht. Rein gesetzestechnisch gesehen, dürfte aber die vorgesehene Lösung nicht voll befriedigen. Sowohl der Begriff der Prozessvoraussetzungen als auch das Verfahren bei ihrer Prüfung sind zu wenig genau behandelt. Mit grosser Sicherheit werden sich in der Praxis gerade hier beträchtliche Schwierigkeiten ergeben, besonders weil es sich dabei für die Solothurnischen Gerichte um Neuland handelt.

§ 8. Die Prozesseinleitung.

Die Prozesseinleitung erfährt im Entwurf eine ausführliche Behandlung. Insbesondere die formellen Erfordernisse der Rechtschriften werden im Gegensatz zur heutigen ZPO genau festgelegt (§§ 168 und 175 EZPO). Der Instruktionsrichter prüft die Einhaltung der Vorschriften von Amtes wegen und entscheidet selbständig darüber. Infolge der weitgehenden Ausschaltung der Eventualmaxime findet in der Regel nur noch ein Rechtsschriftenwechsel statt (§ 179 Abs. 2 EZPO).

⁵⁾ Guldener, S. 201.

⁶⁾ Guldener, S. 193.

A. Die Klage.

I. Bei Eingang der Klage hat der Richter folgende Punkte zu untersuchen (EZPO § 169 Abs. 2):

1. Ob die Vorschriften über das Aussöhnungsverfahren erfüllt sind. Abweichend vom geltenden Recht findet im Entwurf der Aussöhnungsversuch durch den Gerichtspräsidenten vor Einreichung der Klage statt. Wenn er misslingt, erteilt der Gerichtspräsident dem Kläger die Klagebewilligung. Innert drei Monaten kann er nun die Klage einreichen; nach Ablauf dieser Frist verliert die Klagebewilligung ihre Wirkung (§ 159 EZPO).
2. Ob die Klage den Anforderungen des § 168 entspricht. Dieser § gibt genaue Vorschriften über den formellen Aufbau der Klageschrift. Im wesentlichen stimmen sie überein mit den heutigen rein gewohnheitsrechtlichen Gepflogenheiten betreffend die Rechtsschriften. Hervorzuheben ist, dass nunmehr der Streitwert und die angerufenen Gesetzesbestimmungen angegeben werden sollen.
3. Ob der allfällige klägerische Vertreter zu seinem gerichtlichen Auftreten befugt ist. Diese Befugnis wiederum zerfällt in die Erfordernisse der persönlichen Voraussetzung, die ein Parteivertreter aufzuweisen hat, und in dessen gehörige Bevollmächtigung durch die Partei. Die persönliche Voraussetzung des Parteivertreters besteht unter Vorbehalt der Spezialgesetzgebung lediglich im Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte (§ 52 EZPO).

Sofern sich derartige Mängel herausstellen, verlangt der Richter deren Behebung unter Ansetzung einer Frist und weist bei deren unbenütztem Ablauf die Klage mit prozessleitender Verfügung zurück, ebenso wenn ehrverletzende Bemerkungen darin enthalten sind (§ 33 Abs. 2 EZPO). Entspricht sie aber allen Anforderungen, wird sie dem Beklagten zugestellt (§ 169 Abs. 2 EZPO).

II. Mit der Zustellung der Klage an den Beklagten setzt der Instruktionsrichter diesem eine Frist an zur Abgabe der Antwort. Diese Antwortfrist kann der Beklagte unterbrechen, indem er ein Gesuch um Sicherheitsleistung stellt (§ 173 EZPO). Antwortet der Beklagte jedoch auf die Klage, ohne Sicherheit zu verlangen, so gilt dies als Verzicht darauf, wenn der Grund nicht erst im Laufe des Prozesses eingetreten ist (§ 134 EZPO). Bei Nichtleisten der vom Richter festgesetzten Sicherheit durch den Kläger wird die Klage durch richterliche Verfügung abgeschrieben (§ 136 Abs. 1 EZPO).

Wenn andererseits der Beklagte eine richterlich festgesetzte Kautions nicht leistet, entscheidet das Gericht die Hauptsache auf Grund der klägerischen Sachdarstellung allein (§ 136 Abs. 2 EZPO); auf Einwände des Beklagten betreffend die Prozessvoraussetzungen muss also das Gericht auch dann eingehen, wenn er die verfügte Kautions nicht leistet.

III. Wenn nun der Richter dem Beklagten die Klage zustellen lässt, obwohl die erwähnten prozessualen Erfordernisse nicht erfüllt sind, so stellt sich für diesen die Frage, ob und auf welche Weise er einen solchen Mangel rügen kann. Hier sind folgende Unterscheidungen zu treffen:

1. Wenn der Gerichtspräsident dem Beklagten die Klage zustellen lässt, obwohl der vorgeschriebene Sühneversuch fehlt, so kann der Beklagte eigentlich gemäss positiver Gesetzesvorschrift nichts dagegen unternehmen. Denn „hat der Instruktionsrichter die Klage bereits zustellen lassen, so ist ein Aussöhnungsversuch nicht mehr nötig“ (§ 149 Abs. 3 EZPO). Indessen wird man dem Beklagten doch gegen eine willkürliche Ausschaltung des Aussöhnungsversuches durch den Richter das Beschwerderecht nach § 341 EZPO zugestehen müssen.
2. Die Ueberprüfung der Legitimation des klägerischen Parteivertreters stellt insofern einen Spezialfall dar, als sie einerseits Prozessvoraussetzung ist (§ 61 EZPO) und daher ihr Fehlen vom zuständigen Gesamtgericht durch Prozessurteil festgestellt werden soll, andererseits aber der Instruktionsrichter bei Eingang der Klage über dieses Erfordernis eine selbständige Entscheidungsbefugnis besitzt. Daraus folgt, dass Mängel in der Legitimation der Parteivertreter nur noch in dem für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen geltenden Verfahren zu behandeln sind, nachdem einmal die Zustellung der Klage an den Beklagten erfolgt ist¹⁾. Daher muss der Beklagte seine Einwände gegen die Legitimation des klägerischen Parteivertreters in der Antwort als Prozessvoraussetzungsrüge geltend machen.
3. Wenn der Instruktionsrichter einen Verstoss der Klage gegen die übrigen formellen Vorschriften unbeachtet lässt, so besteht für den Beklagten keine Möglichkeit, dagegen Einwände zu erheben. Denn es ist hervorzuheben, dass die Bestimmung des § 175 Ziff. 1 EZPO, wonach in der Antwort die Anträge und die Ein-

¹⁾ Leuch, Art. 161 N. 4.

wendungen gegen die formelle Zulässigkeit der Klage enthalten sein sollen, sich ausschliesslich auf die Prozessvoraussetzungen bezieht, nicht aber auf die formelle Gestaltung der Klage²⁾). Das Vorbringen eines derartigen Einwandes in der Antwort durch den Beklagten wäre zwecklos, da das Gericht dadurch weder an der Fällung des Sachurteils gehindert würde, noch sonst irgendwie diese Rüge berücksichtigen könnte.

B. Die Antwort.

I. Die Vorschriften über die formellen Erfordernisse der Antwort sind in den §§ 168 und 175 des Entwurfes festgelegt. Demnach hat die Antwort folgende Punkte zu umfassen:

1. Die genauen Personalien der Parteien.
2. Die Anträge und die Einwendungen gegen die formelle Zulässigkeit der Klage mit kurzer Begründung. Darunter ist die in § 7 behandelte Rüge der Prozessvoraussetzungen zu verstehen.
3. Die Anträge in der Hauptsache. Sie besitzen keine selbständige Bedeutung wie die Klageanträge. Die Antwortbegehren stellen mehr eine zusammenfassende Schlussfolgerung dar, wie sie sich aus der eingehenden Stellungnahme des Beklagten gegenüber den Klageanbringen ergibt. „Ihr Fehlen könnte dem Beklagten nicht schaden“¹⁾). Eine Ausnahme stellt der Kostenschluss dar, da die unterliegende Partei dem Gegner nur auf dessen ausdrückliches Begehren die Prozesskosten zu vergüten hat (§ 137 Abs. 1 EZPO). Eine Aenderung des Antwortbegehrens ist daher in dem Umfange möglich, als die Zulässigkeit nachträglicher Vorbringen besteht. Die für die Klageänderung erforderlichen Voraussetzungen des § 170 EZPO sind hier nicht erforderlich²⁾).
4. Die Entgegnung auf die Anbringen der Klage, welche auch als „Begründung“ des Antwortbegehrens bezeichnet wird. Damit verteidigt sich der Beklagte materiell gegenüber der Klage; aus seinen hier vorgebrachten Angaben erst ist genau ersichtlich, wie weit er sich überhaupt den Behauptungen und Anträgen des Klägers widersetzt. Der Beklagte hat dabei die Tatsachen darzustellen, die nach seiner Ansicht geeignet sind, den vom

²⁾ Leuch, Art. 166 N. 2.

¹⁾ Leuch, Art. 166 N. 5.

²⁾ siehe Anm. 1.

Kläger erhobenen Anspruch zu entkräften. Für jede dieser Tatsachen soll er die Beweismittel genau angeben. Rechtserörterungen sind unzulässig, dagegen sollen die angerufenen Gesetzesbestimmungen unter Vorbehalt der Ergänzung in der Hauptverhandlung genannt werden.

Diese Darstellungen haben knapp und übersichtlich zu erfolgen. Wenn die Antwort einen grösseren Umfang annimmt, so soll sie in einzelne Abschnitte gegliedert werden, die im Anschluss an die Klage fortlaufend zu numerieren sind.

5. Die Widerklage, sofern sie der Beklagte erheben will.
6. Das Datum und die Unterschrift des Verfassers. Hervorzuheben ist, dass die Kritik der klägerischen Beweismittel nicht in der Antwort zu erfolgen hat; denn der Gesetzestext, welcher die Bestandteile der Antwort abschliessend behandelt, enthält keine Bestimmung darüber. Daher sind Einwände gegenüber den gegnerischen Beweismitteln von den Parteien erst in der Beweisverhandlung nach §§ 180 und 181 EZPO vorzubringen.

Eine Ueberprüfung der angeführten Answerfordernisse durch den Richter, wie sie bei Einreichung der Klage gemäss § 169 EZPO zu erfolgen hat, ist für die Antwort nicht ausdrücklich vorgesehen. Trotzdem wird man auch hier in erlaubter Analogie dem Instruktionsrichter die gleiche Prüfungsbefugnis einräumen, sodass er eine mit formellen Mängeln behaftete Antwort selbständig zurückweisen kann.

II. Die soeben dargestellten Bestandteile kennzeichnen die umfassende und unbeschränkte Antwort. Der Richter ist indessen gemäss § 174 EZPO befugt, die Antwort auf die Prozessvoraussetzungen zu beschränken. Dann hat der Beklagte den gesamten materiellrechtlichen Fragenkomplex in seiner Antwort beiseite zu lassen, weil der Prozess vorerst nur darüber geführt wird, ob das Gericht ein Sachurteil überhaupt aussprechen darf.

Wenn eine solche Beschränkung auf die Prozessvoraussetzungen nicht stattfindet, so hat der Beklagte in der Antwort seine materielle Stellungnahme umfassend und vollständig vorzubringen. Ebensovienig wie der Beklagte kann auch der Richter die Antwort nicht auf bestimmte materielle Punkte beschränken.

III. Möglicherweise geht aber aus der Antwort hervor, dass mit grosser Wahrscheinlichkeit bestimmte materiellrechtliche Tatsachen vorliegen, bei deren Gutheissung das weitere Eingehen auf die Sache überflüssig wird, wie z.B. bei Verjährung oder Verwir-

kung. In solchen Fällen besitzt nun der Richter die Möglichkeit, durch eine entsprechende Gestaltung des Verfahrens den weiteren Prozessverlauf auf diese Punkte zu beschränken und damit unnötige Weiterungen zu vermeiden. So kann er den Beweis vorerst nur über bestimmte materielle Vorfragen abnehmen und, wenn sie als begründet erscheinen und ihre Beurteilung das Verfahren abschliesst, das Gericht gemäss § 253 EZPO darüber entscheiden lassen. Dieses Vorgehen wird zwar im Entwurf nicht ausdrücklich festgelegt, wie etwa in Art. 182 bern. ZPO; die Zulässigkeit darf jedoch aus dem erwähnten § 253 EZPO abgeleitet werden.

§ 9. Zusammenfassung der Verteidigungsmöglichkeiten.

Dem Beklagten, der sich der Klage widersetzen will, stehen je nach Umständen des Falles folgende Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung:

A. Die formelle oder nichteinlässliche Verteidigung.

Darunter ist nach dem Entwurf die Rüge der fehlenden Prozessvoraussetzungen zu verstehen. Wir halten noch einmal fest, dass es sich dabei nicht mehr um ein „echtes“ Verteidigungsmittel des Beklagten handelt, sondern mehr um einen Hinweis an den Instruktionsrichter.

B. Die materielle oder einlässliche Verteidigung.

Die materielle Verteidigung besteht in der völligen oder teilweisen Bestreitung der klagerischen Rechtsbehauptungen¹⁾. Der Beklagte hat sich von den Bestimmungen des materiellen Rechts leiten zu lassen und solche Umstände vorzubringen, welche eine für den Kläger ungünstige Rechtsfolge ergeben. Sein Vorgehen wird dabei durch die Sachlage des einzelnen konkreten Falles bestimmt. Eine Darstellung sämtlicher materieller Abwehrmöglichkeiten ist daher praktisch ausgeschlossen, sodass wir nur eine mehr äussere Gruppierung der verschiedenen Verteidigungsmöglichkeiten vornehmen können²⁾.

¹⁾ Guldener, S. 136.

²⁾ In Anlehnung an die Darstellung von Matti, Zivilprozessrecht, S. 1083.

1. Der Beklagte kann die tatbeständlichen Behauptungen bestreiten, aus denen der Kläger sein Recht ableitet. Dies ist der Angriff auf das Klagefundament. Praktisch handelt es sich allerdings meistens nur um teilweise Bestreitungen. Um Erfolg zu haben, müssen sie so geartet sein, dass sie die rechtliche Schlussfolgerung des Klägers nicht mehr zulassen. Für den Ausgang des Prozesses ist in diesem Falle in erster Linie das Beweisergebnis ausschlaggebend.
2. Der Beklagte kann die vom Kläger vorgebrachten Tatsachen zugestehen, sei es ausdrücklich, oder indem er sie nicht bestreitet (§ 184 Abs. 2 EZPO). Unter dieser Voraussetzung fällt das ganze Beweisverfahren dahin (§ 184 Abs. 1 EZPO), und die Klage-tatsachen gelten als wahr, wie wenn sie bewiesen wären. Damit hängt der Ausgang des Prozesses nur noch von der Entscheidung der Rechtsfrage durch das Gericht ab.
3. Der Beklagte kann zwar die Richtigkeit der Klagedarstellung und die daraus gefolgerten rechtlichen Ueberlegungen anerkennen; er macht aber neue Tatsachen geltend, „aus denen sich ergibt, dass das Recht des Klägers trotz der von ihm angeführten Tatsachen nicht existiert“³⁾.

Man unterscheidet:

- a) Rechtshindernde Tatsachen, wenn aus ihnen hervorgeht, dass der klägerische Anspruch gar nicht entstanden ist (z.B. wegen Handlungsunfähigkeit, oder Verstoss gegen die guten Sitten).
- b) Rechtsaufhebende Tatsachen, wenn sie zum Untergang des (vielleicht einmal entstandenen) Rechts des Klägers geführt haben (Erfüllung, Unmöglichwerden der Leistung).

Diese Tatsachen, welche entweder die Entstehung des klägerischen Rechts vernindert, oder das entstandene Recht zum Erlöschen gebracht haben, bezeichnet man in der neueren Rechtssprache als *E i n w e n d u n g e n*. Sie werden normalerweise vom Beklagten vorgebracht, der dafür auch beweispflichtig ist⁴⁾. Diese Tatsachen sind vom Richter aber auch dann zu berücksichtigen, wenn sie aus der Darstellung des Klägers zu seiner Kenntnis gelangen. Sofern sich beispielsweise aus den klägerischen An-

³⁾ Andreas v. Thur, Allg. Teil des Schweiz. OR, I. Teil, S. 22. Die hier in den Ziffern 3 und 4 gegebene Darstellung beruht auf den Ausführungen v. Thurs a.a.O. S. 22—28.

bringen die Unsittlichkeit des klägerischen Anspruches ergibt, der Beklagte sich jedoch nicht darauf beruft, so hat der Richter dennoch die Klage materiell abzuweisen.

4. Der Beklagte macht — wiederum ohne die Klagebehauptungen zu bestreiten — *Gegenrechte* geltend, durch die der Anspruch des Klägers gehemmt wird. Sie erlauben ihm, die geforderte Leistung aus bestimmten Gründen zu verweigern. Diese ihm vom Gesetz gewährten Befugnisse werden als *Einreden* bezeichnet. Der begriffliche Unterschied gegenüber der Einwendung ergibt sich kurz und klar aus dem Satz: „Die Erhebung einer *Einwendung* ist Vorbringen einer Tatsache, die Erhebung einer *Einrede* ist Ausübung eines Rechtes durch Willenserklärung“⁴⁾. Da es sich bei den Einreden um verzichtbare Rechte handelt, können sie nur dann zur Auswirkung gelangen, wenn sie vom Berechtigten ausgeübt werden. Es hängt daher im Gegensatz zu den Einwendungen allein vom Willen des Beklagten ab, ob die Einreden erhoben und damit der richterlichen Entscheidung zu Grunde gelegt werden sollen. Nach ihrer Wirkung unterscheidet man:

- a) dauernde oder peremptorische Einreden, wenn sie eine endgültige Abweisung der Klage zur Folge haben, so z.B. die Einrede der Verjährung.
- b) aufschiebende oder dilatorische Einreden, wenn die geschuldete Leistung nur vorübergehend verweigert werden kann, z.B. die Einreden des nicht erfüllten Vertrages oder der Vorauklage. Sobald das Hindernis weggefallen ist, kann die Klage wieder erhoben werden.

C. Die Widerklage.

I. Der Beklagte kann gegen den Kläger zum Gegenangriff übergehen und eine Widerklage erheben (§§ 176 ff. EZPO). Sie ist eine

⁴⁾ „Nach rein logischer Betrachtung müsste der Kläger alle Voraussetzungen der Entstehung seines Rechts darlegen, daher auch die Abwesenheit von Hindernissen behaupten, z.B. wenn er aus einem Vertrag klagt, behaupten, dass bei keiner Partei Handlungsunfähigkeit vorlag. Da aber solche Umstände nach den Erfahrungen des Lebens als Ausnahmen gelten, werden sie aus dem Klagefundament ausgeschieden und als rechtshindernde Tatsachen der Behauptungs- und Beweislast des Beklagten zugewiesen.“ v. Thur, a.a.O. S. 22 Anm. 27.

⁵⁾ v. Thur, a.a.O. S. 23.

selbständige Klage, deren Besonderheit darin besteht, dass sie in einem bereits hängigen Prozesse vom bisherigen Beklagten gegen den Kläger geführt wird. Die Widerklage verfolgt ein selbständiges Ziel, das sich vom Anspruch der Hauptklage unterscheidet¹⁾. Die Tatsache allein, dass sich der Beklagte gegenüber der Klage widersetzt, bildet keine genügende Voraussetzung für die Erhebung einer Widerklage. Deshalb kann die Widerklage schon nicht mehr als eigentliches Verteidigungsmittel bezeichnet werden.

II. Wie die gewöhnliche Klage muss auch die Widerklage die üblichen Prozessvoraussetzungen erfüllen; dazu treten bei der Widerklage aber noch einige spezielle Bedingungen (§ 176 Abs. 1 EZPO):

1. Der Widerklageanspruch muss in der gleichen Verfahrensart eintragbar sein wie der Hauptanspruch.
2. Sofern es sich nicht um Verrechnungsverhältnisse handelt, muss der Widerklageanspruch mit der Hauptklage in einem rechtlichen — nicht bloss tatsächlichen — Zusammenhange stehen. Diese Konnexität liegt beispielsweise vor, wenn die Ansprüche aus demselben Rechtsgeschäfte oder aus dem gleichen Rechtsverhältnis entspringen, terner wenn sie das gleiche Objekt betreffen²⁾.
3. Bei Kompensationsverhältnissen ist die Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage zwar nicht nötig. Wenn aber die Hauptklage nicht bestritten ist, so können Kompensationsansprüche mit der Widerklage nur geltend gemacht werden, sofern sie den Betrag der Hauptklage übersteigen (§ 176 Abs. 2 EZPO). Diese Bestimmung weist ausdrücklich auf die Tatsache hin, dass die Berufung des Beklagten auf Kompensation bis zur Höhe der Klageforderung nicht als Widerklage, sondern als Verrechnungseinwand vorgebracht und behandelt werden muss³⁾. Denn nach Art. 120 OR erfolgt die Verrechnung durch eine einseitige Parteierklärung, welche den sofortigen Untergang von Forderung und Gegenforderung bewirkt.
4. Während eine bloss eventuelle Klageerhebung unzulässig ist, erscheint eine bedingte Widerklage möglich in dem Sinne, dass sie nur für den Fall des Zuspruchs der Hauptklage gestellt wird

¹⁾ Leuch, Art. 170 N. 1.

²⁾ Leuch, Art. 170 N. 2 lit. a.

³⁾ Leuch, Art. 170 N. 2 lit. b.

und dadurch erst die Grundlage für die Erhebung der Widerklage entsteht⁴⁾.

5. Die Erhebung einer Widerklage auf die Widerklage wird ausdrücklich als unzulässig erklärt (§ 176 Abs. 3 EZPO).

III. Obwohl Vor- und Widerklage selbständige Ansprüche verfolgen, werden sie normalerweise im gleichen Verfahren behandelt und beurteilt. Wo es der Richter aber als angezeigt erachtet, kann er für die Widerklage ein gesondertes Verfahren anordnen (§ 177 EZPO). Da infolge dieser Trennung zwei verschiedene zeitlich auseinanderliegende Urteile erfolgen, läuft bei Kompensationsverhältnissen der Widerkläger Gefahr, die Verrechnung nicht ausüben zu können. Um ihm die Verrechnungsmöglichkeit zu erhalten, hat der Richter nach § 177 Abs. 2 EZPO dafür zu sorgen, dass die Deckung des Widerklageanspruches gesichert bleibt; der Hauptkläger wird daher im Falle des Durchdringens mit der Hauptklage einen entsprechenden Betrag seiner Forderung stehen lassen oder dem Widerkläger für die Erfüllung der Gegenforderung in anderer Weise eine Sicherheit bestellen müssen.

§ 10. Schlussbemerkung.

I. Soweit sich auf Grund unserer Darstellung der Entwurf zur neuen Zivilprozessordnung überblicken lässt, erfolgt darin neben der längst fälligen Reform auf dem Gebiete der Prozessvoraussetzungen die Befreiung des Verfahrens von den übrigen formalen Tücken; die Verhandlungsmaxime und mehr noch das Eventualprinzip erfahren den heutigen Anschauungen entsprechende Abschwächungen, ohne auf der anderen Seite die freie Dispositionsbefugnis der Parteien unnötig zu beschränken. Der starre Automatismus des Verfahrens wird damit behoben und dessen Anpassung an den Einzelfall ermöglicht. Auf diese Weise gewährleistet der Entwurf in höchstem Masse eine Rechtsprechung, die nicht nur den Akten, sondern dem wirklichen Ablauf der Ereignisse entspricht: und dies ist schliesslich das Ziel einer geordneten Rechtspflege. Das scheinen in der Diskussion um den Entwurf die Gegner gern zu übersehen, wenn sie die im alten Prozess herrschende Disziplin rühmen

⁴⁾ Leuch, Art. 170 N. 2 lit. e.

und gar noch von dessen „erzieherischen Wirkung“ auf die Parteien sprechen.

II. Die erheblichen Schwierigkeiten und Hindernisse, welche unsere geltende Prozessordnung der Prozessführung bereitet, erfüllen nun aber rein zufällig eine wichtige Aufgabe: sie verhindern weitgehend das Aufkommen von Gelegenheitsvertretern und Winkeladvokaten. Solothurn ist nämlich immer noch einer der wenigen Kantone, in denen die volle Advokaturfreiheit herrscht. Für die Parteivertreter ist als persönliche Voraussetzung lediglich der Genuss der bürgerlichen Ehren und Rechte vorgeschrieben (§ 4 ZPO). Von wenigen Ausnahmen abgesehen treten trotzdem beinahe ausschliesslich patentierte Fürsprecher als Parteivertreter vor Gericht auf, weil eben die einigermaßen sichere Führung eines Prozesses nur auf Grund einer genauen Kenntnis der Prozessordnung und der Gerichtspraxis möglich ist. Wer nur so gelegentlich vor Gericht auftritt, scheitert mit grosser Wahrscheinlichkeit an einer der vielen Klippen.

III. Nach dem Entwurf fallen diese verfahrensmässigen Schwierigkeiten dahin. Die prozessualen Kenntnisse, welche für die Führung eines Prozesses erforderlich sind, kann man sich leicht aneignen. Während zwar die richtige Formulierung und Einreichung einer Klage immer noch gewisse Sachkenntnisse verlangt, scheint vor allem die Verteidigung des Beklagten rein prozesstechnisch keine besonderen Anforderungen mehr zu stellen. Da nun der Entwurf in Bezug auf die persönlichen Voraussetzungen der Parteivertreter die Regelung der alten ZPO übernimmt (§ 52 EZPO), wird die unerfreuliche Erscheinung der Gelegenheitsvertreter geradezu provoziert. Ferner würden von der neuen ZPO rasch auch ausserkantonale Rechtsagenten und „Rechtsversicherungsinstitute“ angezogen, die sogar nicht einmal eine Bewilligung zur Ausübung ihrer Tätigkeit einholen müssten. Alle diese Aussenseiter der Jurisprudenz haben bis heute einen grossen Respekt vor unserer geltenden Prozessordnung gezeigt.

Zwar verweist der Entwurf noch ausdrücklich auf die Spezialgesetzgebung, welche vorbehalten bleiben soll (§ 52 Abs 2 EZPO). Wir wollen uns aber von vornherein darüber im klaren sein, dass diese Spezialgesetzgebung nie erfolgen wird. Nachdem schon unter der geltenden ZPO ein Anwaltsgesetz vor dem Volk keine Gnade gefunden hat, dürfte dies nach Einführung des Entwurfes erst recht unmöglich sein, wenn es sich dann herumgesprochen hat, dass die

Führung eines Prozesses keine besondere Kunst mehr bedeutet. Wir haben zum Abschluss unserer Arbeit diesen nur indirekt zum Thema gehörenden Punkt gestreift, weil er auf einen wesentlichen Schönheitsfehler des Entwurfs hinweist und ausserdem die verbreitete Opposition in den Solothurnischen Anwaltskreisen gegenüber der neuen ZPO verständlicher erscheinen lässt.



